

**EINREISE, AUFENTHALT UND AUSWEISUNG  
IM RECHT DER  
BUNDESREPUBLIK DEUTSCHLAND**

Dipl. +  
Kat

d. VI

Peter Ruidisch

München 1975





Digitized by the Internet Archive  
in 2026

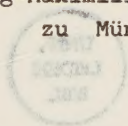
[https://archive.org/details/IA41551910\\_0032](https://archive.org/details/IA41551910_0032)





EINREISE, AUFENTHALT UND AUSWEISUNG  
IM RECHT DER  
BUNDESREPUBLIK DEUTSCHLAND

Inaugural-Dissertation  
zur Erlangung der Doktorwürde  
einer Hohen Juristischen Fakultät  
der Ludwig-Maximilians-Universität  
zu München



vorgelegt von  
Peter Ruidisch

1975



Referent: Professor Dr. Maunz

Korreferent: Professor Dr. Spanner

Tag der mündlichen Prüfung: 19. Februar 1975

Meinen lieben Eltern und Großeltern  
in Dankbarkeit gewidmet





Meinem hochverehrten Lehrer

Herrn Staatsminister a.D.

Professor Dr. jur. utr. Theodor Maunz

sei an dieser Stelle für seine richtungsweisenden  
Anregungen und jederzeit großzügig gewährten  
Ratschläge bei der Durchführung dieser Arbeit  
herzlich gedankt.



## Inhaltsübersicht

|                                                                | Seiten |
|----------------------------------------------------------------|--------|
| <u>Erster Teil: Das Aufenthaltsrecht der Deutschen</u>         | 1      |
| A. Das Grundrecht der Deutschen auf Freizügigkeit (Art. 11 GG) | 1      |
| I. Träger des Grundrechts                                      | 1      |
| II. Inhalt des Grundrechts auf Freizügigkeit                   | 2      |
| 1. Recht auf Aufenthalt im Bundesgebiet                        | 2      |
| 2. Recht auf Einreise in das Bundesgebiet                      | 5      |
| III. Gesetzesvorbehalt des Art. 11 Abs. 2 GG                   | 6      |
| B. Grundrecht auf Ausreise und Auswanderung (Art. 2 Abs. 1 GG) | 8      |
| <u>Zweiter Teil: Das Aufenthaltsrecht der Ausländer</u>        | 10     |
| Erster Abschnitt: Allgemeine Rechtsstellung der Ausländer      | 10     |
| A. Allgemeine Regeln des Völkerrechts                          | 10     |
| I. Theorie der Inländerbehandlung                              | 10     |
| II. Theorie des internationalen Mindeststandards               | 11     |
| 1. Die Mindestrechte                                           | 12     |
| 2. Sperrwirkung des internationalen Mindeststandards           | 13     |
| III. Meistbegünstigungsklausel                                 | 13     |
| IV. Inländerbehandlungsklausel                                 | 14     |
| B. Grundrechte der Ausländer                                   | 14     |
| I. Menschenrechte und ihr Verhältnis zu den Bürgergrundrechten | 14     |
| II. Ausländerrecht und Gleichheitsgrundsatz (Art. 3 GG)        | 18     |

|                                                                                                                | Seiten |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--------|
| Zweiter Abschnitt: Einreise und Aufenthalt                                                                     | 22     |
| A. Völkerrecht                                                                                                 | 22     |
| I. Allgemeine Regeln des Völkerrechts                                                                          | 22     |
| II. Partikulares Völkerrecht                                                                                   | 26     |
| B. Völkerrecht und innerstaatliches Recht                                                                      | 27     |
| I. Allgemeines                                                                                                 | 27     |
| II. Transformation der allgemeinen Regeln des Völkerrechts (Art. 25 GG)                                        | 29     |
| III. Transformation des partikularen Völkerrechts                                                              | 32     |
| C. Staatsrecht                                                                                                 | 38     |
| I. Allgemeine Regeln des Völkerrechts als innerstaatliches Recht (Art. 25 GG)                                  | 38     |
| II. Grundrechtsschutz                                                                                          | 38     |
| 1. Kein allgemeines Grundrecht auf Einreise und Aufenthalt                                                     | 38     |
| 2. Das Asylrecht (Art. 16 Abs. 2 S. 2 GG)                                                                      | 42     |
| a. Auffangfunktion gegenüber Art. 11 GG                                                                        | 42     |
| b. Einreise und Aufenthalt von politisch Verfolgten                                                            | 47     |
| aa) Allgemeine Regeln des Völkerrechts                                                                         | 48     |
| bb) Partikulares Völkerrecht                                                                                   | 52     |
| cc) Innerstaatliches Recht                                                                                     | 56     |
| α) Auslegung des Art. 16 Abs.2 S.2 GG                                                                          | 56     |
| β) Asylrechtsregelung des Ausländergesetzes                                                                    | 62     |
| γ) Das Auslieferungsgesetz                                                                                     | 65     |
| δ) Innerstaatliches Asylrecht und Völkerrecht                                                                  | 68     |
| 3. Das Grundrecht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit (Art. 2 Abs. 1 GG) und sein Verhältnis zu Art. 11 GG | 71     |

|                                                                                                                               | Seiten |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--------|
| D. Das Verwaltungsrecht                                                                                                       | 78     |
| I. Ausländer mit Normalstatus                                                                                                 | 78     |
| 1. § 1 Abs. 1 Ausländergesetz als Ausgangsbe-<br>stimmung                                                                     | 78     |
| 2. Die Aufenthaltserlaubnis (§ 2 Abs. 1<br>S. 1 und 2 AuslG)                                                                  | 79     |
| a. Begriff der Einreise und des Aufent-<br>halts                                                                              | 79     |
| b. Einheitliche rechtliche Behandlung                                                                                         | 80     |
| c. Ausnahmen vom Zwang zur Aufenthalts-<br>erlaubnis                                                                          | 81     |
| 3. Formen der Aufenthaltserlaubnis                                                                                            | 88     |
| a. Erteilung der Aufenthaltserlaubnis<br>vor oder nach der Einreise                                                           | 88     |
| b. Sichtvermerk (Visum)                                                                                                       | 90     |
| c. Das Problem der sogenannten "illegalen<br>Ausländer"                                                                       | 96     |
| 4. Rechtscharakter der Aufenthaltserlaubnis                                                                                   | 104    |
| 5. Voraussetzungen der Erteilung einer<br>Aufenthaltserlaubnis                                                                | 109    |
| a. Einleitung                                                                                                                 | 109    |
| b. Notwendige Versagung bei Beeinträchtigung<br>von Belangen der Bundesrepublik Deutsch-<br>land (§ 2 Abs. 1 S. 2 AuslG)      | 111    |
| aa) Begriff der Belange der Bundes-<br>republik Deutschland                                                                   | 111    |
| bb) Begriff der Beeinträchtigung                                                                                              | 118    |
| cc) Beispiele einer Beeinträchtigung<br>von Belangen der Bundesrepublik<br>Deutschland                                        | 121    |
| α) Ausweisungstatbestände (§ 10<br>Abs. 1 AuslG)                                                                              | 122    |
| β) Beeinträchtigung von Belangen<br>der Bundesrepublik Deutschland<br>durch politische Betätigung<br>(§ 6 Abs. 2 und 3 AuslG) | 133    |

|                                                                                                                                                                                                           | Seiten |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--------|
| αα) Die öffentliche Sicherheit<br>oder Ordnung                                                                                                                                                            | 138    |
| ββ) Der Schutz der politischen<br>Willensbildung in der BRD                                                                                                                                               | 141    |
| γγ) Verbot einer gegen das Völker-<br>recht verstoßenden politischen<br>Betätigung                                                                                                                        | 143    |
| δδ) Verbot der Förderung aus-<br>ländischer, nicht mit den<br>Verfassungsgrundsätzen der<br>freiheitlichen demokratischen<br>Grundordnung in Einklang zu<br>bringender Vereinigungen oder<br>Bestrebungen | 144    |
| ξ) Schutz vor Übervölkerung<br>bzw. Überfremdung                                                                                                                                                          | 146    |
| ζ) Pflege der auswärtigen Beziehungen                                                                                                                                                                     | 147    |
| ε) Schutz der Volkswirtschaft und des<br>Arbeitsmarktes                                                                                                                                                   | 149    |
| ζ) Notwendige Versagung der Aufenthalts-<br>erlaubnis nach Ausweisung oder Ab-<br>schiebung                                                                                                               | 151    |
| η) Notwendige Versagung der Aufenthalts-<br>erlaubnis bei fehlendem oder ungültigem<br>Paß                                                                                                                | 154    |
| dd. Zusammentreffen von für und gegen die<br>Anwesenheit sprechenden Belangen der<br>Bundesrepublik Deutschland                                                                                           | 159    |
| ee. Ausnahmen vom Zwang zur Versagung der<br>Aufenthaltserlaubnis                                                                                                                                         | 161    |
| c. Der Ermessensspielraum bei Erteilung<br>einer Aufenthaltserlaubnis                                                                                                                                     | 162    |
| aa. Umfang des Ermessens                                                                                                                                                                                  | 162    |
| bb. Schranken des Ermessens                                                                                                                                                                               | 167    |
| α) Der Gleichheitssatz (Art. 3 GG)                                                                                                                                                                        | 167    |
| β) Schutz von Ehe und Familie<br>(Art. 6 Abs. 1 GG)                                                                                                                                                       | 168    |



|                                                                | Seiten |
|----------------------------------------------------------------|--------|
| γ) Einwirkung partikularen Völkerrechts                        | 171    |
| αα) Meistbegünstigungsklausel                                  | 174    |
| ββ) Inländerbehandlungsklausel                                 | 175    |
| γγ) Wohlwollensklausel                                         | 183    |
| δ) Reduzierung des Ermessens auf "Null"                        | 183    |
| ε) Verhältnismäßigkeitsgrundsatz                               | 183    |
| ζ) Verwaltungsvorschriften                                     | 184    |
| d. Zusammentreffen von Versagungs- und Ermessensgründen        | 184    |
| e. Nebenbestimmungen                                           | 185    |
| aa. Räumliche Beschränkungen                                   | 186    |
| bb. Zeitliche Beschränkungen                                   | 187    |
| cc) Bedingungen und Auflagen                                   | 188    |
| f. Verlängerung der Aufenthaltserlaubnis                       | 190    |
| g. Rechtswirkungen der Versagung der Aufenthaltserlaubnis      | 196    |
| h. Die Aufenthaltsberechtigung                                 | 197    |
| i. Endigungsgründe für Aufenthaltserlaubnis bzw. -berechtigung | 200    |
| II. Einreise und Aufenthalt von Ausländern mit Sonderstatus    | 203    |
| 1. Exterritoriale Personen                                     | 204    |
| 2. Angehörige der Staaten der Europäischen Gemeinschaft        | 206    |
| 3. Angehörige der Streitkräfte der NATO-Staaten                | 211    |
| 4. Die Asylberechtigten (Art. 16 II S. 2 GG)                   | 212    |
| 5. Heimatlose Ausländer                                        | 212    |

|                                                                                                 | Seiten |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------|--------|
| Dritter Abschnitt: Die Ausreisefreiheit                                                         | 215    |
| Vierter Abschnitt: Die Ausweisung                                                               | 218    |
| A. Begriffsbestimmung                                                                           | 218    |
| B. Rechtsnatur der Ausweisung                                                                   | 220    |
| C. Ausweisung und ihr Verhältnis zur Abweisung<br>bzw. Auslieferung                             | 220    |
| I. Ausweisung und Abweisung                                                                     | 220    |
| II. Ausweisung und Auslieferung                                                                 | 221    |
| D. Die Ausweisungsverfügung                                                                     | 222    |
| I. Das Völkerrecht                                                                              | 222    |
| 1. Das allgemeine Völkerrecht                                                                   | 222    |
| a. Recht zur Ausweisung                                                                         | 222    |
| b. Voraussetzungen einer rechtmäßigen<br>Ausweisung                                             | 223    |
| c. Beispiele völkerrechtswidriger Aus-<br>weisungen                                             | 227    |
| d. Beschränkung des Ausweisungsrechts<br>durch Normen des Auslieferungsrechts                   | 227    |
| e. Die Ausweisung als Repressalie oder<br>Retorsion                                             | 229    |
| f. Die Ausweisung Exterritorialer                                                               | 230    |
| g. Keine völkerrechtliche Pflicht zur<br>Ausweisung                                             | 231    |
| 2. Völkerrechtliche Verträge und Regierungs-<br>vereinbarungen                                  | 232    |
| II. Innerstaatliches Ausweisungsrecht                                                           | 232    |
| 1. Rechtsquellen                                                                                | 232    |
| 2. Regelung der Ausweisung durch das Aus-<br>ländergesetz                                       | 235    |
| a. Aufbau und Tragweite der gesetzlichen<br>Regelung                                            | 235    |
| b. Ausweisung und ihr Verhältnis zu anderen<br>belastenden Maßnahmen des Ausländerge-<br>setzes | 236    |

|                                                                                                                          | Seiten |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--------|
| 3. Ausweisung von Ausländern mit Normalstatus                                                                            | 238    |
| a. Die Ausweisungsgründe des § 10 Abs. 1 AusG                                                                            | 238    |
| aa. Gefährdung der freiheitlichen demokratischen Grundordnung oder der Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland (Nr. 1) | 238    |
| bb. Strafrechtliche Verurteilungen (Nr.2)                                                                                | 240    |
| cc. Maßregeln der Sicherung und Besserung (Nr. 3)                                                                        | 240    |
| dd. Verstöße gegen Steuer-, Zoll- und Monopolrecht (Nr. 4)                                                               | 240    |
| ee. Verstöße gegen Berufs- und Gewerbeberecht (Nr. 5)                                                                    | 241    |
| ff. Verstöße gegen das Aufenthaltsrecht (Nr. 6)                                                                          | 241    |
| gg. Unrichtige Angaben (Nr. 7)                                                                                           | 242    |
| hh. Asoziales Verhalten (Nr. 8)                                                                                          | 242    |
| ii. Gefährdung der öffentlichen Gesundheit und Sittlichkeit (Nr. 9)                                                      | 243    |
| kk. Mittellosigkeit (Nr. 10)                                                                                             | 243    |
| ll. Beeinträchtigung erheblicher Belange der Bundesrepublik Deutschland aus anderen Gründen (Nr. 11)                     | 244    |
| b. Der Ermessensspielraum                                                                                                | 246    |
| aa. Ermessensumfang                                                                                                      | 246    |
| bb. Schranken des Ermessens                                                                                              | 247    |
| α) Grundsatz der Verhältnismäßigkeit                                                                                     | 247    |
| β) Schutz von Ehe und Familie (Art. 6 Abs. 1 GG und Art. 8 MRK)                                                          | 251    |
| αα) Art. 6 Abs. 1 GG                                                                                                     | 251    |
| ββ) Art. 8 Menschenrechtskonvention                                                                                      | 256    |
| γ) Schutz vor unmenschlicher Behandlung (Art. 1 Abs. 1 GG, Art. 3 MRK)                                                   | 257    |

|                                                                                                                       |     |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| δ) Ausweisungsbeschränkung durch materiellen Auslieferungsschutz                                                      | 258 |
| c. Die Vollstreckung der Ausweisung (Abschiebung)                                                                     | 259 |
| 4. Ausweisung von Ausländern mit Sonderstatus                                                                         | 262 |
| a. Einschränkung des Ausweisungsrechts durch Niederlassungsabkommen                                                   | 262 |
| b. Angehörige der Staaten der Europäischen Gemeinschaft                                                               | 265 |
| c. Ausländer mit Aufenthaltsberechtigung (§ 11 Abs. 1 AuslG)                                                          | 266 |
| d. Heimatlose Ausländer (§ 23 Abs. 1 S. 1 HAG § 11 Abs. 2 AuslG)                                                      | 266 |
| e. Ausländer, die als politisch Verfolgte Asylrecht genießen (Art. 16 Abs. 2 S. 2 GG, § 11 Abs. 2 AuslG)              | 267 |
| aa. Die Regelung des Ausländergesetzes                                                                                | 267 |
| bb. Die Verfassungsmäßigkeit der Ausweisung und Abschiebung politisch Verfolgter (§§ 11 Abs. 2, 14 Abs. 1 S. 2 AuslG) | 269 |
| α) Die Problemstellung                                                                                                | 269 |
| β) Immanente Schranken des Asylrechts (Art. 16 Abs. 2 S. 2 GG)                                                        | 273 |
| γ) Ausweisung und Abschiebung und ihr Verhältnis zur Verwirkung des Asylrechts nach Art. 18 GG                        | 286 |

Literaturverzeichnis

- Accioly, H.                    Das Asylrecht, AVR 9, 289
- Angerer, H.                    Das neue Ausländerrecht der BRD, BayVBl. 65, 325 ff.
- Anzilotti, D.                Lehrbuch des Völkerrechts, I, Berlin, 1929
- Bachof, O.                    Der maßgebende Zeitpunkt für die gerichtliche Beurteilung von Verwaltungsakten, JZ 54, 416 ff.
- ders.                    Freiheit des Berufs in: Die Grundrechte, Bd.III / 1, S.155 ff., Berlin, 1958
- Baum, B.                    Aufenthaltserlaubnis und Niederlassung aufgrund zwischenstaatlicher Verträge, GewArch 1968, 245
- Becker, H.J.                Ausweisung, in: Staatslexikon, Bd.1, Freiburg, 1957
- Berber, F.                    Fremdenrecht, in: Evang. Staatslexikon, Stuttgart-Berlin 1966
- ders.                    Lehrbuch des Völkerrechts, I, München-Berlin 1960
- Beutner, W.                Die Rechtsstellung der Ausländer nach Titel II der preußischen Verfassungs-urkunde, Tübingen 1913
- Bittermann, W.            Das Recht der Ausweisung in den Kulturstaaten, Jahrbuch für den Internationalen Rechtsverkehr, München 1912
- Bluntschli, J.C.            Das moderne Völkerrecht der civilisirten Staaten, Nördlingen 1868
- Bonfils, H.                Lehrbuch des Völkerrechts, Berlin 1904
- Bonner Kommentar        Kommentar zum Bonner Grundgesetz, Hamburg 1950 ff.
- Bornhak, C.                Die Ausweisung fremder Staatsangehöriger vom völkerrechtlichen und staatsrechtlichen Standpunkte, Festschrift für Heinrich Dernburg, Berlin 1900
- Brinkmann, K.            Grundrechts-Kommentar zum Grundgesetz, Bonn, 1967 ff.

- Dahm, G. Völkerrecht, Band I, Stuttgart 1958  
und Band II, Stuttgart 1961
- Doehring, K. Die allgemeinen Regeln des völkerrechtlichen Fremdenrechts und das deutsche Verfassungsrecht in: Beiträge zum ausl. öffentlichen Recht und Völkerrecht, Bd. 39, Köln-Berlin, 1963
- ders. Neuregelung des deutschen Fremdenrechts durch das „Ausländergesetz“ von 1965, ZaöRV 25, 479 ff.
- ders. Ausweisung in: Strupp-Schlochauer, Wörterbuch des Völkerrechts, Bd. 1, Berlin 1960
- ders. Asylrecht und Staatsschutz, ZaöRV 26, 33 ff.
- ders. Staatsrechtslehrentagung 1973, Ref. als Berichterstatter, DVBl. 74, 74 ff.
- Dolde, K. P. Die politischen Rechte der Ausländer in der Bundesrepublik in: Schriften zum Öffentlichen Recht, Bd. 189, Berlin 1972
- ders. Anmerkung zum Beschluß des BVerfGs vom 18.7.1973 (NJW 74, 227) in: NJW 74, 1043 ff.
- Drews-Wacke Allgemeines Polizeirecht, Berlin-Köln-München-Bonn, 1961
- Dürig, G. Die Menschenauffassung des Grundgesetzes, JR 52, 259
- ders. Freizügigkeit in: Die Grundrechte, Bd. II, 1954, S. 507 ff.
- ders. Der Grundrechtssatz von der Menschenwürde, AöR 81, 117
- Ehle, D. Verhältnis des europäischen Gemeinschaftsrechts zum nationalen Recht, NJW 64, 2331
- Eyermann-Fröhler Kommentar zur Verwaltungsgerichtsordnung, 5. Aufl., München 1971
- Fleischmann, M. Fremdenrecht (Ausweisung) in: Strupp, Wörterbuch des Völkerrechts u. d. Diplomatie, I, Berlin u. Leipzig, 1924

- Franz, F. Das Asylrecht im Schatten der Flüchtlingskonvention, DVBl. 66, 623 ff.
- ders. Alternativentwurf '70 zum Ausländergesetz '65, ZRP 70, 229 ff.
- ders. Das Völkerrecht als Quelle des innerdeutschen Aufenthalts- und Niederlassungsrechts der Fremden, DVBl. 65, 457 ff.
- ders. Das strikte Verbot der Ausweisung und Abschiebung politisch Verfolgter, NJW 68, 1556
- v. Frisch, H. Das Fremdenrecht- Die staatsrechtliche Stellung des Fremden, Berlin, 1910
- Furler, H. Grundfragen des europäischen Gemeinschaftsrechts, NJW 65, 1401
- Gaerte, F. Paßrecht in: Strupp-Schlochauer, Wörterbuch des Völkerrechts, Bd. II, S. 745 ff., Berlin 1961
- Gallwas, U. Der Mißbrauch von Grundrechten, 1967
- Giese-Schunck Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Kommentar, Frankfurt/M, 1965
- Grützner, H. Auslieferung in: Strupp-Schlochauer, Wörterbuch des Völkerrechts, Bd. I, S. 115 ff.
- ders. Auslieferungsverbot und Asylrecht in: Die Grundrechte, Bd. II, S. 583 ff., Berlin 1954
- Guggenheim, P. Lehrbuch des Völkerrechts, Bd. I, Basel 1948
- Hamann-Lenz Das Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Kommentar, Neuwied u. Berlin, 1970
- Hartmann, D. Ausreisefreiheit, Jahrb. d. öff. R n. F. Bd. 17, 437
- Hatschek, J. Völkerrecht als System rechtlich bedeutsamer Staatsakte, Leipzig-Erlangen 1923
- Heffter-Geffken Das Europäische Völkerrecht der Gegenwart, Berlin, 1881



- Heinrichs, A. Deutsche Niederlassungsverträge und Übernahmeabkommen, Berlin, 1908
- Heldmann, H.-H. Begründung zum Alternativentwurf 1970. Die Notwendigkeit einer Reform, in: Studentische Politik 1970, 9
- Hesse, K. Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Karls - ruhe 1974
- Heuer, G. Politische Betätigung von Ausländern und ihre Grenzen, Köln-Berlin-Bonn-München, 1970
- v.d.Heydte, F.A. Völkerrecht Bd.I, Köln 1958
- Ipsen, H.P. Gleichheit, in: Die Grundrechte, Bd.II, 1954, S.111, Berlin 1954
- Isay, E. Das deutsche Fremdenrecht, 1923
- Isensee, J. "Die staatsrechtliche Stellung der Ausländer in der Bundesrepublik Deutschland", Referat als Mitberichterstatter auf der Staatsrechtslehrertagung 1973 in Mannheim, Leitsätze abgedruckt in DVBl.74,74 ff.
- Jellinek, W. Die Bundesverweisung, in Festschrift für Carl Bilfinger, Köln-Berlin, 1954
- Jessup, Ph. Modernes Völkerrecht, Wien-Stuttgart 1950
- Kanein, W. Ausländergesetz, Kommentar, München u. Berlin, 1966
- ders. Aktuelle Fragen des neuen Fremdenrechts, DVBl.66, 617 ff.
- ders. Neues Fremdenrecht, in: NJW 67, 1057 ff.
- ders. Zum Asylrecht der Bundesrepublik, BayVBl. 67, 291 ff.
- Kimminich, O. Zur Theorie der immanenten Schranken des Asylrechts, JZ 65, 739 ff.
- ders. Asylrecht, Berlin und Neuwied a. Rh., 1968

- Kimminich, O. Völkerrechtsfragen der exilpolitischen  
Betätigung, AVR 10, 132
- ders. Die Entwicklung des Asylrechts in der  
Bundesrepublik, JZ 72, 257
- Klinkhardt, I. Die politische Meinungsfreiheit im Aus-  
länderrecht, DVBl. 65, 467 ff.
- Kloepfer, M. Kettenverwaltungsakte und Widerrufs-  
vorbehalt, DVBl. 72, 371 ff.
- Kloesel-Christ Deutsches Ausländerrecht, Kommentar,  
Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz 1965 ff.
- Kobarg, W. Ausweisung und Abweisung von Auslän-  
dern, Berlin-Grünwald, 1930
- Kraus, H. Staats- und völkerrechtlicher Betrach-  
tungen zur Rechtsstellung der Fremden,  
in: Gedächtnisschrift für Jellinek,  
S. 89, München 1955
- Krüger Die Auflage als Instr. der WirtschVerwal-  
tung, DVBl. 55, 380 ff., 450 ff., 518 ff.
- Krüger-Breitzke- Gleichberechtigungsgesetz, Kommentar  
Nowack 1958
- Lange, R. Grundfragen des Auslieferungs- und  
Asylrechts, ZStW 65, 351 ff.
- Langhard, J. Das Niederlassungsrecht der Ausländer  
in der Schweiz, Zürich 1913
- ders. Das Recht der politischen Fremdenaus-  
weisung mit besonderer Berücksichti-  
gung der Schweiz, Leipzig 1891
- Leibholz/Rinck Grundgesetz für die Bundesrepublik  
Deutschland, Kommentar an Hand der  
Rechtsprechung d. BVerfG, 4. Aufl., Köln 1971
- Leibholz-Rupprecht Bundesverfassungsgerichtsgesetz, 1968  
(Rechtssprechungskommentar)
- Lerche, P. Das Asylrecht ist unverwirkbar, in:  
Festschrift für Adolf Arndt, Frank-  
furt/M. 1969
- Lichter-Hoffmann Staatsangehörigkeitsrecht, 1966

- Makarow, A.            Deutsches Staatsangehörigkeitsrecht.  
Kommentar 1966
- ders.                Das internationale Flüchtlingsrecht  
und die Rechtsstellung heimatloser Aus-  
länder, ZaöRV 14 (1951/52), 431
- Mang-Maunz-Mayer-    Staats- und Verwaltungsrecht in Bayern,  
Obermayer            4.Aufl., 1973
- v.Mangoldt-Klein    Das Bonner Grundgesetz, Bd.I, Berlin-  
Frankfurt/M. , 1957, 2.Aufl.
- v.Mangoldt, H.        Das Bonner Grundgesetz, Berlin-Frank-  
furt/M. , 1953
- v.Martens, F.        Völkerrecht, Bd.I, Berlin, 1883 und  
Bd.II, 1886
- v.Martitz, F.        Internationale Rechtshilfe in Straf-  
sachen, Beiträge zur Theorie des pos.  
Völkerrechts der Gegenwart, Bd.I,  
Leipzig 1888
- Marxen, W.            Deutsches Ausländerrecht, Kommentar,  
München, 1967
- Majer, D.            Ausländer im Dickicht des Fremdenrechts,  
ZRP 69, 125 ff.
- dieselbe            Umstrittenes Ausländerrecht, ZRP 72, 252
- Maunz, Th.            Deutsches Staatsrecht, München, 1973
- ders.                Die verfassungsrechtliche Gewähr von  
von Ehe und Familie in: Ehe und Familie,  
1956
- Maunz-Dürig-Herzog    Grundgesetz, Kommentar, München-Berlin,  
seit 1958
- Maunz-Sigloch-        Bundesverfassungsgerichtsgesetz, Kommen-  
Schmidt-Bleibtreu-    tar, 1966/72  
Klein
- Mayer, F.            Allgemeines Verwaltungsrecht, Stuttgart-  
München-Hannover, 1972
- v.Meibaum, H.P.      Beiträge zum Europarecht, NJW 65, 465 ff.
- Menzel, E.            Völkerrecht, München-Berlin, 1962
- Merten, D.            Der Inhalt des Freizügigkeitsrechts  
(Art. 11 des Grundgesetzes), Schriften  
zum Öffentlichen Recht, Bd. 119, Berlin,  
1970

- Mettgenberg-Doerner      Deutsches Auslieferungsgesetz, 2.Aufl. 1953
- Meyer, H.      Die Einlieferung, Bonn, 1953
- Meyer-Marsilius      Das Niederlassungsrecht, NJW 60, 756
- ders.      Die Niederlassungsabkommen der Bundesrepublik, NJW 61, 713 ff.
- Naviasky, H.      Die Grundgedanken des Grundgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland, Stuttgart und Köln, 1950
- Oppenheim-Lauterpacht      International Law, Vol. I-Peace, London-New York-Toronto, 1955
- Oppermann-Feige      JuS 74, 484 (488)
- v. Overbeck, A.      Niederlassungsfreiheit und Ausweisungsrecht, dargestellt auf der Grundlage des Deutsch-Schweizerischen Vertrages vom 31.5.1890, Karlsruhe 1907
- Potrykus, G.      Ausländerpolizeiverordnung und Grundgesetz, JZ 8 (1953), 76 ff.
- ders.      Besprechung der Ausländer-Kommentare, JZ 67, 190 (1)
- Reissmüller, J.G.      Das Monopol des Bundesverfassungsgerichts aus Art. 18 des Grundgesetzes, JZ 60, 529 ff.
- Rittstieg, H.      Aktuelle Fragen des Ausländerrechts, NJW 72, 2153 ff.
- ders.      Aufenthaltsrecht durch Heirat, NJW 72, 993 ff.
- ders.      Rechtsstaat nicht für Ausländer?  
in: JZ 72, 353
- Rivier, A.      Lehrbuch des Völkerrechts, Stuttgart 1889
- Roellecke, G.      Gesetzmäßigkeitsprinzip und verwaltungsrechtliche Auflagen und Bedingungen, DÖV 68, 333 ff.
- Rose, H.-J.      Aufenthaltsrecht in Grenzen oder grenzenloses Ausländerrecht, JZ 71, 721
- Ross, A.      Lehrbuch des Völkerrechts, Stuttgart-Köln 1951

- Rumpf, H. Die deutsche Staatsangehörigkeit nach dem Grundvertrag, ZRP 74, 201 ff.
- Schatz, U. Zur rechtlichen Bedeutung von Art.189 Abs.3 EWG-Vertrag für die Rechtsangleichung durch Richtlinien, NJW 67, 1694 ff.
- Scheuner, U. Die Auswanderungsfreiheit in der Verfassungsgeschichte und im Verfassungsrecht Deutschlands, in: Festschrift Richard Thoma zum 75. Geburtstag, S.199 ff.
- Schiedermaier, R. Handbuch des Ausländerrechts der Bundesrepublik Deutschland, Kommentar, Frankfurt/M. und Berlin, 1968
- ders. Einführung in das bayerische Polizeirecht, München und Berlin 1961
- Samper, R. Kommentar zum bayerischen Polizeiaufgabengesetz, München 1969
- Schickedanz, E. Aufenthaltsrecht durch Heirat-Familien-schutz bei Ausweisung, NJW 72, 366 bzw. NJW 73, 1533
- Schmidt-Bleibtreu Klein Kommentar zum Grundgesetz, 3.Aufl., Neuwied und Berlin, 1973
- Schmitt, L. Das Asylrecht des Grundgesetzes, BayVBl. 64, 33 ff.
- Schmitt, W.O. Der Begriff der freiheitlichen demokratischen Grundordnung und Art.79 Abs.3 des Grundgesetzes, DÖV 65, 433 ff.
- Schüler-Wirtz Rechtsprechung zum Ausländerrecht, Berlin 1971
- Schwabe, J. Anmerkung zum Beschluß des Bundesverfassungsgerichts vom 18.7.1973 (NJW 74, 227) in: NJW 74, S.1044
- Schwarze, J. Die Klagebefugnis der Ehefrau gegen die Ausweisung ihres ausländischen Ehemannes, DÖV 72, S. 273
- Seidl-Hohenveldern Völkerrecht, Köln-Berlin-Bonn-München, 1969

- Seifert, K.H.            Zum Verbot politischer Parteien,  
DÖV 61, 81 ff.
- ders.                    Das neue Vereinsgesetz, DÖV 64, 685
- Stange, S.              Zum Aufenthaltsrecht des mit einem  
deutschen Ehepartner verheirateten  
Ausländers, ZRP 71, 172 ff.
- Stein, W.                Die Anfechtung von verwaltungsrechtli-  
chen Vollstreckungsmaßnahmen,  
NJW 63, 185 ff.
- ders.                    Die Vollstreckung von Aufenthaltsver-  
boten und die Wirkung der dagegen mög-  
lichen Rechtsbehelfe, DÖV 65, 553 ff.
- ders.                    Die rechtliche Wirkung von Rechtsbe-  
helfen, MDR 68, 189 ff.
- Steinbach, P.A.        Untersuchungen zum internationalen Frem-  
denrecht, Bonn und Köln, 1931
- Stern, K.                Freiheitsentziehungen nach der Auslän-  
derpolizeiverordnung, BayVBl. 56, 141
- Strupp, K.              Theorie und Praxis des Völkerrechts,  
Berlin, 1925
- Tschira-Schmitt-  
Glaeser                Grundriß des Verwaltungsprozeßrechts,  
München-Hannover, 1970
- Triepel, H.             Völkerrecht und Landesrecht, 1899
- Über, G.                Freiheit des Berufs, Hamburg, 1952
- Vanselow, E.            Völkerrecht, Berlin 1931
- de Vattel, E.            Das Völkerrecht oder Grundsätze des  
Naturrechts, Tübingen 1959
- Verdross, A.            Völkerrecht, Wien 1964
- Wagner, C.L.            Das Recht der Europäischen Wirtschafts-  
gemeinschaft und die nationale Rechts-  
ordnung der Mitgliedstaaten, DÖV 65,  
307 ff.
- Weißmann, G.            Ausländergesetz, Kommentar, Berlin 1966
- ders.                    Grundsätze des Ausländerpolizeirechts  
in verfassungsrechtlicher Sicht in:  
Die Polizei, 1960, 299 ff.

- Weißmann, G. Neue Probleme des Ausländerrechts-  
Aufenthaltserlaubnis- in: Die Polizei  
1968, 47 ff.
- ders. Neue Probleme des Ausländerrechts  
-Abschiebung- in: Die Polizei 1968  
86 und 47/48
- Wengler, W. Völkerrecht , Bd. II, Berlin-Göttingen-  
Heidelberg , 1964
- ders. Anmerkungen zum U. des OVG Berlin  
vom 2.8.67 in Juristenzeitung 67,  
753 ff.
- Wintrich Die Bedeutung der "Menschenwürde" für die  
Anwendung des Rechts, BayVBl. 57, 137
- Wohlfahrt  
Everling-Glaesner-  
Sprung Die EWG, Kommentar, Berlin-Frankfurt, 1960
- Wolff, H. J. Verwaltungsrecht I, München 1971
- Wolf , B. Reichsreform des Ausweisungsrechts,  
AöR. n. F. 26 (1935), 1 ff.
- Wollenschläger Das Asylrecht politisch verfolgter Aus-  
länder, BayVBl. 73, 460
- Zink, K. F. Das Asylrecht in der Bundesrepublik  
nach dem Abkommen vom 28.7.51 über die  
Rechtsstellung der Flüchtlinge unter  
besonderer Berücksichtigung der Recht-  
sprechung der Verwaltungsgerichte, Diss.  
Erlangen 1962
- Zuleeg, M. Zur staatsrechtlichen Stellung der Aus-  
länder in der Bundesrepublik Deutschland.  
DÖV 73, S. 361 ff.



Abkürzungsverzeichnis

|              |                                                                                                             |
|--------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| a.A.         | andere Ansicht                                                                                              |
| a.a.O.       | am angegebenen Ort                                                                                          |
| ABer         | Aufenthaltsberechtigung                                                                                     |
| Abs.         | Absatz                                                                                                      |
| Abschn.      | Abschnitt                                                                                                   |
| AE           | Aufenthaltserlaubnis                                                                                        |
| AEVO         | Arbeitserlaubnisverordnung                                                                                  |
| AFG          | Arbeitsförderungsgesetz                                                                                     |
| Amtl. Begr.  | Amtliche Begründung                                                                                         |
| Anh.         | Anhang                                                                                                      |
| Anm.         | Anmerkung                                                                                                   |
| AÖR          | Archiv des öffentlichen Rechts                                                                              |
| APVO         | Ausländerpolizeiverordnung                                                                                  |
| ArbE         | Arbeitserlaubnis                                                                                            |
| Art.         | Artikel                                                                                                     |
| AsylVO       | Asylverordnung                                                                                              |
| AufenthG/EWG | Gesetz über Einreise und Aufenthalt von Staatsangehörigen der Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaft |
| AuslG        | Ausländergesetz                                                                                             |
| AuslGVwv     | Allgemeine Verwaltungsvorschrift zur Ausführung des Ausländergesetzes                                       |
| AVR          | Archiv des Völkerrechts                                                                                     |
| B            | Beschluß                                                                                                    |
| BayObLG      | Bayerisches Oberstes Landesgericht                                                                          |
| BayVBl.      | Bayerische Verwaltungsblätter                                                                               |
| BayVerfGH    | Bayerischer Verfassungsgerichtshof                                                                          |

|                 |                                                                                                         |
|-----------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| BayVGH          | Bayerischer Verwaltungsgerichtshof                                                                      |
| BayVGH (n.F)    | Sammlung von Entscheidungen des Bayerischen                                                             |
| BayVerfGH (n.F) | Verwaltungsgerichtshofes mit Entscheidungen<br>des Bayerischen Verfassungsgerichtshofs                  |
| BGBI. I, II     | Bundesgesetzblatt (Teil I, II)                                                                          |
| BGH             | Bundesgerichtshof                                                                                       |
| BGHZ            | Entscheidungen des Bundesgerichtshofs<br>in Zivilsachen                                                 |
| BGHSt           | Entscheidungen des Bundesgerichtshofs<br>in Strafsachen                                                 |
| BK              | Kommentar zum Bonner Grundgesetz (Bonner<br>Kommentar), Hamburg seit 1950                               |
| BR              | Bundesrat                                                                                               |
| BSeuchG         | Gesetz zur Verhütung und Bekämpfung<br>übertragbarer Krankheiten beim Menschen<br>(Bundesseuchengesetz) |
| BSHG            | Bundessozialhilfegesetz                                                                                 |
| BT-Drucks.      | Bundestagdrucksache                                                                                     |
| BV              | Bayerische Verfassung                                                                                   |
| BVerfG          | Bundesverfassungsgericht                                                                                |
| BVerfGE         | Entscheidungen des Bundesverfassungs-<br>gerichts                                                       |
| BVerfGG         | Bundesverfassungsgerichtsgesetz                                                                         |
| BVerwG          | Bundesverwaltungsgericht                                                                                |
| BVerwGE         | Entscheidungen des Bundesverwaltungsge-<br>richts                                                       |
| DAG             | Deutsches Auslieferungsgesetz                                                                           |
| Diss.           | Dissertation                                                                                            |
| DÖV             | Die öffentliche Verwaltung, Zeitschrift                                                                 |
| DStR            | Deutsches Staatsrecht, Kurzlehrbuch<br>von Theodor Maunz 19. Aufl. Berlin-<br>München 1973              |
| DV              | Durchführungsverordnung                                                                                 |
| DVB1.           | Deutsches Verwaltungsblatt (ab 1950)                                                                    |

|        |                                                                           |
|--------|---------------------------------------------------------------------------|
| EG     | Europäische Gemeinschaft                                                  |
| ENA    | Europäisches Niederlassungsabkommen                                       |
| EuGH   | Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften                               |
| EWG    | Europäische Wirtschaftsgemeinschaft                                       |
| EWGV   | Vertrag zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft v.25.3.1957 |
| ff.    | folgende                                                                  |
| FN     | Fußnote                                                                   |
| GebV   | Gebührenverordnung                                                        |
| GG     | Grundgesetz                                                               |
| GK     | Abkommen über die Rechtsstellung der Flüchtlinge - Genfer Konvention      |
| grds.  | grundsätzlich                                                             |
| HA     | Hauptausschuß                                                             |
| HAG    | Gesetz über die Rechtsstellung heimatloser Ausländer im Bundesgebiet      |
| h.L.   | herrschende Lehre                                                         |
| h.M.   | herrschende Meinung                                                       |
| Hs.    | Halbsatz                                                                  |
| i.d.F. | in der Fassung                                                            |
| i.d.R. | in der Regel                                                              |
| IRO    | Internationale Flüchtlingsorganisation der Vereinten Nationen             |
| i.S.   | im Sinne                                                                  |
| i.V.m. | in Verbindung mit                                                         |
| JR     | Juristische Rundschau, Zeitschrift                                        |
| JuS    | Juristische Schulung, Zeitschrift                                         |
| JZ     | Juristenzeitung                                                           |
| Komm.  | Kommentar                                                                 |
| MDR    | Monatsschrift für Deutsches Recht                                         |

|             |                                                                                                           |
|-------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| MRK         | Europäische Konvention zum Schutz<br>der Menschenrechte und Grundfreiheiten<br>(Menschenrechtskonvention) |
| Nr.(n).     | Nummern(n)                                                                                                |
| NJW         | Neue Juristische Wochenschrift                                                                            |
| NAK         | Niederlassungsabkommen                                                                                    |
| OVG         | Oberverwaltungsgericht                                                                                    |
| PAG         | Gesetz über die Aufgaben und Befugnisse<br>der Polizei in Bayern                                          |
| PR          | Parlamentarischer Rat                                                                                     |
| Rdnr.       | Randnummer                                                                                                |
| RGBl. I, II | Reichsgesetzblatt (Teil I, II)                                                                            |
| Rspr.       | Rechtsprechung                                                                                            |
| RuStG       | Reichs- und Staatsangehörigkeitsgesetz                                                                    |
| s.          | siehe                                                                                                     |
| S.          | Seite                                                                                                     |
| Sten.Ber.   | Stenographischer Bericht                                                                                  |
| str.        | streitig                                                                                                  |
| U.          | Urteil                                                                                                    |
| u.a.        | unter anderem                                                                                             |
| u.U.        | unter Umständen                                                                                           |
| U.N.        | United Nations (Vereinte Nationen)                                                                        |
| VA          | Verwaltungsakt                                                                                            |
| Verf.       | Verfassung                                                                                                |
| VG          | Verwaltungsgericht                                                                                        |
| VGH         | Verwaltungsgerichtshof                                                                                    |
| vgl.        | vergleiche                                                                                                |
| VO          | Verordnung                                                                                                |
| Vorbem.     | Vorbemerkung                                                                                              |

|       |                                                                  |
|-------|------------------------------------------------------------------|
| VwGO  | Verwaltungsgerichtsordnung                                       |
| ZaöRV | Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht |
| ZRP   | Zeitschrift für Rechtspolitik                                    |



## ERSTER TEIL: Das Aufenthaltsrecht der Deutschen

### A. Das Grundrecht der Deutschen auf Freizügigkeit (Art. 11 GG)

#### I. Träger des Grundrechts

Art. 11 Abs. 1 GG gewährleistet allen Deutschen das Grundrecht auf Freizügigkeit im ganzen Bundesgebiet. Grundrechtsträger sind dabei nicht nur die Bürger der Bundesrepublik Deutschland, sondern alle Deutschen im Sinne des Grundgesetzes, also die deutschen Staatsangehörigen und diejenigen Personen, die als Flüchtlinge oder Vertriebene deutscher Volkszugehörigkeit oder als deren Ehegatten oder Abkömmlinge in dem Gebiet des deutschen Reiches nach dem Stande vom 31.12.1937 Aufnahme gefunden haben (Art. 116 Abs. 1 GG).

Das Bundesverfassungsgericht, die herrschende Lehre und die Verwaltungspraxis in der Bundesrepublik Deutschland halten weiterhin daran fest, daß auch nach Erlaß des Gesetzes über die Staatsbürgerschaft (Staatsbürgerschaftsgesetz) vom 20.2.1967 durch die Deutsche Demokratische Republik und ebenso nach Erlaß des Bundesgesetzes vom 6.6.1973 zu dem Vertrag vom 21.12.1972 zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Deutschen Demokratischen Republik (BGBl. II S. 421) die Bürger der Deutschen Demokratischen Republik für die Bundesrepublik Deutschland nach wie vor die deutsche Staatsangehörigkeit im Sinne des Grundgesetzes besitzen (Art. 16, 116 Abs. 1 GG). Die Bundesrepublik Deutschland ist verpflichtet, jeden Bürger der Deutschen Demokratischen Republik, der in ihren und ihrer Verfassung Schutzbereich gerät, gemäß Art. 116 Abs. 1 GG und Art. 16 GG als Deutschen wie jeden Bürger der Bundesrepublik Deutschland zu behandeln. Er genießt deshalb den vollen Schutz der Gerichte der Bundesrepublik Deutschland und alle Garantien der Grundrechte des Grundgesetzes.<sup>1)</sup> Bürgern der Deutschen Demokratischen Republik steht deshalb auch das Grundrecht auf Freizügigkeit nach Art. 11 GG zu. Dabei wird es als unerheblich erachtet, daß die Angehörigen



der Deutschen Demokratischen Republik dieses Grundrecht u.U. nicht praktisch ausüben können, da der Wesenskern dieses Rechts in der Zusicherung liegt, daß seine Ausübung von der Staatsgewalt der Bundesrepublik Deutschland nicht behindert wird.<sup>2)</sup>

## II. Inhalt des Grundrechts auf Freizügigkeit

Das Grundgesetz hat den Begriff "Freizügigkeit", sowie den Inhalt des Rechts auf Freizügigkeit selbst als bekannt vorausgesetzt.<sup>3)</sup>

### 1. Recht auf Aufenthalt im Bundesgebiet

Freizügigkeit bedeutet zunächst das Recht, unbehindert durch die deutsche Staatsgewalt an jedem Ort innerhalb des Bundesgebietes Aufenthalt und Wohnsitz zu nehmen.<sup>4)</sup> Es gewährleistet den freien Zug von Land zu Land, von Gemeinde zu Gemeinde innerhalb des Bundesgebietes.<sup>5)</sup> "Es beinhaltet seit jeher nichts anderes als den mit juristischen Mitteln unternommenen Versuch, wenigstens im Machtbereich des innerstaatlichen Gesetzes die Antithesen von Abwanderungsfreiheit - Aufnahmesperre einerseits und Aufnahmebereitschaft - Abwanderungsbehinderung andererseits in einer vernünftigen, menschenachtenden Synthese zu versöhnen" (Dürig a.a.O. S. 509).<sup>6)</sup>

Das Grundrecht auf Freizügigkeit ist kein "finales Grundrecht" im Sinne einer Gewährung nur zum Zweck der Schaffung eines neuen, dauernden Lebens-Mittelpunktes.<sup>7)</sup> Vielmehr werden durch Art. 11 GG auch Erholungsreise, Besichtigungstouren, Verwandtenbesuche und ähnliche Anlässe eines nur vorübergehenden Aufenthalts erfaßt.<sup>8)</sup>

Anders als nach Art. 111 S. 2 der Weimarer Verfassung<sup>9)</sup> und den hierauf beruhenden Formulierungen jetziger Länderverfassungen (z.B. Art. 109 Abs. 1 BayVerf)<sup>10)</sup> und anders auch als nach § 1 Abs. 1 des weiterhin fortgeltenden Gesetzes über die Freizügigkeit<sup>11)</sup> vom 1.11.1867 (BGBl. S. 55) umfaßt

der Begriff "Freizügigkeit" nicht den freien Grundstückserwerb und nicht die freie Berufswahl. Das bedeutet aber nicht, daß insofern kein Grundrechtsschutz besteht, vielmehr unterfällt der Grundstückserwerb und die berufliche Betätigung dem Art. 14 bzw. dem Art. 12 des Grundgesetzes.<sup>12)</sup> Durch gewerbe- und berufsrechtliche Regelungen im Rahmen des Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG kann zwar im Einzelfall das Recht des freien Zuges tatsächlich und praktisch gegenstandslos werden; unter keinen Umständen wird aber dadurch die Inanspruchnahme der Freizügigkeit rechtlich von vornherein ausgeschlossen.<sup>13)</sup> Gleiches gilt in bezug auf wohnungsrechtliche Schwierigkeiten, welche sich nach Art. 13 GG richten und von der Frage der Freizügigkeit grundsätzlich zu trennen sind.<sup>14)</sup>

Aus dem Recht auf Aufenthalt folgt begriffsnotwendig, daß der Deutsche auch negativ das Recht hat, sich gegenüber staatlichem Zwang, wegziehen zu müssen, zur Wehr zu setzen. Dies gilt sowohl in Hinblick auf eine Ortsveränderung in der Bundesrepublik,<sup>15)</sup> als auch bezüglich eines etwaigen Zwangs, das Bundesgebiet verlassen zu müssen. Es ist der Bundesrepublik Deutschland also nicht gestattet, einen Deutschen aus dem Bundesgebiet auszuweisen.<sup>16)</sup> Unter Ausweisung versteht man dabei das Gebot eines Staates an eine natürliche Person, das Staatsgebiet innerhalb einer bestimmten Frist zu verlassen und das Verbot, es für immer oder auf Zeit erneut zu betreten.<sup>17)</sup>

Das aus Art. 11 GG abzuleitende Verbot der Ausweisung entspricht, soweit es sich auf deutsche Staatsangehörige (und nicht auf die sonstigen Deutschen i.S.d. Art. 116 Abs. 1 GG) bezieht, auch einer durch Art. 25 GG in innerstaatliches Recht verwandelten allgemeinen Regel des Völkerrechts. Die Völkerrechtsliteratur ist sich nämlich im wesentlichen darin einig, daß eine Ausweisung oder Verbannung eigener Staatsangehöriger völkerrechtswidrig ist. In dieses Verbot miteinbezogen werden neben den eigenen Staatsangehörigen auch Fremde, welche früher die Staatsangehörigkeit des aus-

weisenden Staates besessen und keine neue Staatsangehörigkeit erworben haben, wogegen die Tatsache einer nationalen Abstammung für Bürger fremder Staaten nicht als genügend erachtet wird.<sup>18)</sup> Meist wird die Auffassung vertreten, daß es sich um ein absolutes Verbot handelt, wenn auch einge-räumt wird, daß es von einigen Staaten immer wider durchbrochen wurde.<sup>19)</sup> Einige Schriftsteller halten jedoch in einzelnen, durch "hohe Staatsinteressen" geforderten Fällen die Ausweisung oder Verbannung offenbar für ausnahmsweise zulässig.<sup>20)</sup>

Die Annahme der Unzulässigkeit der Ausweisung oder Verbannung eigener Staatsangehöriger und ihnen gleichgestellter Personen läßt sich im wesentlichen auf zwei Überlegungen stützen:

Da die Ausgewiesenen oder Verbannten gezwungen werden, im Ausland Aufenthalt zu nehmen, verfügt der zu diesen Maßregeln greifende Staat gewissermaßen über das Gebiet anderer Staaten. Es ist aber kein Staatsvölkerrechtlich verpflichtet, fremde Staatsbürger aufzunehmen, er ist vielmehr berechtigt, sie abzuweisen oder auszuweisen und abzuschieben. "Gerade weil die Staatsgewalt territorial ist, kann kein Staat die Verbindlichkeit, denjenigen Personen, die sein Heimatrecht erworben haben, nun auch Unterkunft zu gewähren, von sich ablehnen oder auf andere Staaten abwälzen" (v. Martitz a.a.O. S. 13/14). Es kann keinem Staat zugemutet werden, daß er Personen aufnimmt, die in ihrem Heimatstaat nicht mehr geduldet werden.<sup>21)</sup> Stützt man sich allein auf diese Argumentation, so würde sich das völkerrechtliche Ausweisungs- und Verbannungsverbot lediglich als Rechtsreflex einer rechtmäßigen Verweigerung der Aufnahme durch dritte Staaten darstellen, so daß von einem eigentlichen Ausweisungs- oder Verbannungsverbot nicht gesprochen werden könnte.<sup>22)</sup> Zur Begründung eines absoluten Ausweisungs- und Verbannungsverbotes wird deshalb noch darauf hingewiesen, daß ein Ausgewiesener oder Verbannter (selbst für den Fall einer anfänglichen Aufnahme durch einen fremden Staat) in-

folge des diesen dritten Staaten zustehenden Ausweisungs- und Abschiebungsrechts der dauernden Hin- und Herschiebung ausgesetzt sein würde, was jedoch als inhuman und deshalb völkerrechtlich unzulässig bezeichnet werden müsse.<sup>23)</sup> Auch die Umgehung des Verbots der Ausweisung eigener Staatsangehöriger durch eine Aberkennung der Staatsbürgerschaft und anschließende Vertreibung als nunmehr Fremde wird für völkerrechtswidrig gehalten.<sup>24)</sup>

## 2. Recht auf Einreise in das Bundesgebiet

Das Grundrecht des Art. 11 GG beinhaltet aber nicht nur die Freizügigkeit der Deutschen i m Bundesgebiet, also Freizügigkeit unter der Voraussetzung eines bereits bestehenden dauernden Aufenthalts oder Wohnsitzes mit Einschluß des Verbots der Ausweisung, sondern auch die Freizügigkeit i n das Bundesgebiet, also die Befugnis, in den territorialen Anwendungsbereich des Grundrechts ziehen zu dürfen. Die Freizügigkeit bedeutet also das Recht, an jedem Ort innerhalb des Bundesgebietes Aufenthalt und Wohnsitz zu nehmen und zu diesem Zwecke in das Bundesgebiet e i n z u r e i - s e n.<sup>25)</sup> Der Bundesrepublik Deutschland ist es deshalb unter dem Vorbehalt des Art. 11 Abs. 2 GG nicht gestattet, Deutsche an der (Wieder-)Einreise zu hindern.<sup>26)</sup> Da für den Vorgang der Einreise das subjektive Moment unerheblich ist, deckt er auch den Vorsatz zu dauerndem Verweilen, um sich in der Bundesrepublik Deutschland einen neuen Mittelpunkt des bürgerlichen Lebens zu verschaffen, mithin also die Einwanderung.<sup>27)</sup>

Art. 11 GG umfaßt dagegen nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts<sup>28)</sup> und nach der nunmehr herrschenden Lehre n i c h t die Ausreise- und Auswanderungsfreiheit. Diese Teilfreiheiten sind vielmehr dem Grundrecht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit (Art. 2 Abs. 1 GG) zuzuordnen. Sie werden nachfolgend unter B. behandelt.

### III. Gesetzesvorbehalt des Art. 11 Abs. 2 GG

Art. 11 Abs. 2 GG enthält eine erschöpfende Aufzählung der Voraussetzungen, unter denen eine Einschränkung der Freizügigkeit durch Gesetz oder aufgrund eines Gesetzes zulässig ist.<sup>29)</sup> Seine Fassung erweist sich als wesentlich enger als diejenige des Art. 111 S. 3 der Weimarer Verfassung, wonach für Einschränkungen des Freizügigkeitsrechts lediglich ein Reichsgesetz gefordert wurde. Die Einschränkungsgründe des Gesetzesvorbehalts des Art. 11 Abs. 2 GG sind durch das Ergänzungsgesetz v. 24.6.1968 (BGBl. I S. 709) um eine Regelung für den Notstand und eine solche für den Katastrophenschutz erweitert worden. Angesichts der Spezialität des Art. 11 Abs. 2 GG hinsichtlich der Schrankensetzung kommen die Schutzgüter der Schrankentrias des Art. 2 Abs. 1 GG nicht zur Anwendung.<sup>30)</sup>

Mit dem Merkmal "Gesetz" fordert das Grundgesetz für die Zeit nach seinem Inkrafttreten ein förmliches Gesetz; für das vorkonstitutionelle Recht wird jedoch jede Rechtsnorm, insbesondere auch eine Rechtsverordnung für ausreichend gehalten.<sup>31)</sup> Die Einschränkung kann erfolgen durch ein Gesetz oder aufgrund eines Gesetzes. Dabei braucht es sich nicht um ein Bundesgesetz handeln. Dies scheint nur auf den ersten Blick der ausschließlichen Gesetzeskompetenz des Bundes nach Art. 73 Ziff. 3 GG zu widersprechen. Jedoch können sich die Länder auf Art. 71 GG berufen, wonach sie auch im Bereich der ausschließlichen Gesetzgebung des Bundes die Befugnis zur Normsetzung besitzen, wenn und soweit sie hierzu in einem Bundesgesetz ausdrücklich ermächtigt werden. Eine solche Delegation ist aber in § 3 des Freizügigkeitsgesetzes vom 1.11.1867 (BGBl. S. 55) enthalten.<sup>32)</sup>

Aus dem Kreis der Gesetze, welche das Grundrecht der Deutschen auf Freizügigkeit einschränken, sei neben dem Freizügigkeitsgesetz vor allem das Bundesgesetz über die Not-



aufnahme von Deutschen in das Bundesgebiet - NAG - vom 22.8.1950 (BGBl. I S. 367), zuletzt geändert durch Gesetz vom 29.6.1961 (BGBl. I S. 813) genannt. Zu diesem Gesetz erging der Beschluß des Bundesverfassungsgerichts v. 7.5. 1953 (BVerfGE 2, 266 ff.), welcher wichtige Erkenntnisse für die Auslegung des Art. 11 GG vermittelt:

Das Grundrecht auf Freizügigkeit beinhaltet, wie schon erwähnt, auch die Einreisefreiheit in das Bundesgebiet und gesteht dieses Recht auch allen Angehörigen der Deutschen Demokratischen Republik zu (siehe S. 1 und 2). Das bedeutet, daß jedes auf diesen Personenkreis bezogene Verbot, das Bundesgebiet zu betreten und darin dauernden Aufenthalt oder Wohnsitz zu nehmen, eine Einschränkung der Grundrechtsverbürgung aus Art. 11 GG darstellt. Der § 1 des NAG kann daher nur wirksam sein, wenn er durch den Gesetzesvorbehalt des Art. 11 Abs. 2 GG gedeckt ist. Das ist nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichts (BVerfGE 2, 266, 272 ff.) zu bejahen. Zwar hebt § 1 NAG für die von ihm betroffene Personengruppe die Freizügigkeit zunächst generell auf. Nun mögen im Falle sonstiger in Art. 11 Abs. 2 GG genannter Gründe (z.B. bei Seuchengefahr oder für bestimmte Notstandsgebiete) generelle Einschränkungen der Freizügigkeit zulässig sein. Die generelle endgültige Aufhebung der Freizügigkeit für Bewohner der Deutschen Demokratischen Republik und Ostberlins ist jedoch unzulässig, denn sonst würde für diese Deutschen die Garantie des Zuwanderungsrechtes wieder beseitigt. Der Abs. 2 des Art. 11 GG kann dem NAG als einfachem Gesetz nicht erlauben, diesen Deutschen das zu nehmen, was ihnen Abs. 1 des Art. 11 GG gewährt. Dennoch ist die in § 1 NAG vorgesehene Einschränkung der Freizügigkeit mit Art. 11 GG vereinbar, weil sie nur eine generelle Aussetzung dieses Rechts für die Dauer des Aufnahmeverfahrens bewirkt, nicht aber eine Entziehung bedeutet und weil, wie sich auch aus dem Wortlaut des Art. 11 GG ("nur für die Fälle") ergibt, bei richtiger Auslegung in jedem einzelnen Falle im Notaufnahmeverfahren zu prüfen ist, ob einer der in Art. 11 Abs. 2 GG aufgeführten Gründe vorliegt, welcher

die Einschränkung dieses Grundrechts rechtfertigt.<sup>33)</sup>

#### B. Grundrecht auf Ausreise und Auswanderung (Art. 2 Abs. 1 GG)

Das Grundgesetz nennt die Ausreise- und Auswanderungsfreiheit nicht ausdrücklich beim Namen, obwohl der Schwerpunkt des "freien Zuges", historisch gesehen, auf dem freien Verlassendürfen der Altgemeinschaft liegt.<sup>34)</sup>

Während das Schrifttum diese Teilfreiheiten des freien Zuges überwiegend zunächst dem Art. 11 GG zugeordnet hatte,<sup>35)</sup> hat sich das Bundesverfassungsgericht in seinem Urteil vom 16.1.1957 (BVerfGE 6, 32 ff.), der, soweit ersichtlich, damals nur von Wernicke (Bonner Komm. Art. 11, Erl. II 1 d, nunmehr II 1 e und f) vertretenen Auffassung angeschlossen und die Ausreisefreiheit nicht dem Art. 11 GG, sondern dem Auffanggrundrecht der freien Entfaltung der Persönlichkeit und seiner Schrankentrias (Art. 2 Abs. 1 GG) unterstellt. Diese Rechtsauffassung hat sich im Anschluß daran auch in der Literatur durchgesetzt.<sup>36)</sup>

Das BVerfG (a.a.O. S. 34/35) begründete seine Rechtsansicht einmal mit dem Wortlaut des Art. 11 GG (im ganzen Bundesgebiet),<sup>37)</sup> zum anderen mit der Entstehungsgeschichte der Vorschrift (im Parlamentarischen Rat sei nur die Frage erörtert und schließlich verneint worden, ob man die Auswanderungsfreiheit in den Grundrechtskatalog aufnehmen solle; über die Ausreisefreiheit sei nicht gesprochen worden) und zuletzt mit dem Hinweis darauf, daß die Gesetzesvorbehalte in Art. 11 GG nur auf die innerstaatliche Freizügigkeit gemünzt seien, da ein Einschränkungsgrund bezogen auf die Aufrechterhaltung der Staatssicherheit fehle und nicht angenommen werden könne, daß der Grundgesetzgeber diesen wichtigen und seit langem bestehenden Einschränkungsgrund übersehen haben sollte.<sup>38)</sup>

Mögen gegen diese Argumentation des BVerfGs auch Bedenken geltend gemacht werden können, so bleibt doch festzustellen,

daß die Ausreisefreiheit auch bei Verneinung der Anwendbarkeit des Art. 11 GG nicht grundrechtsschutzlos gestellt,<sup>39)</sup> sondern als Ausfluß der allgemeinen Handlungsfreiheit durch Art. 2 Abs. 1 GG gewährleistet ist.<sup>40)</sup> Damit unterliegt die Ausreisefreiheit allerdings der Schrankentrias dieses Artikels, insbesondere also der "verfassungsmäßigen Ordnung". Unter der verfassungsmäßigen Ordnung im Sinne des Art. 2 Abs. 1 GG hat man die verfassungsmäßige Rechtsordnung, d.h. die Gesamtheit der Normen, die formell und materiell der Verfassung gemäß sind, zu verstehen.<sup>41)</sup>

Das Paßgesetz vom 4.3.1952 (BGBl. S. 290) ist Bestandteil der verfassungsmäßigen Ordnung. Es unterwirft zwar alle Deutschen, die eine Auslandsgrenze überschreiten wollen, dem Paßzwang, was eine an sich erhebliche formale Beschränkung der Ausreise bedeutet. Da aber das Gesetz die Paßver-sagung nur bei Vorliegen bestimmter Voraussetzungen zuläßt und im übrigen einen Rechtsanspruch auf Ausstellung des Pas-ses einräumt, wird das Prinzip der freien Ausreise gewahrt und damit der grundsätzlichen Freiheitsvermutung des Art. 2 Abs. 1 GG Rechnung getragen.<sup>42)</sup>



## ZWEITER TEIL: Das Aufenthaltsrecht der Ausländer

### Erster Abschnitt: Allgemeine Rechtsstellung der Ausländer

#### A. Allgemeine Regeln des Völkerrechts

Hält sich ein Ausländer in einem fremden Staat auf, so hat dieser ihm gegenüber bestimmte fundamentale Grundsätze zu beachten. Der Ausländer genießt einen ganz bestimmten völkerrechtlichen Status, der vom Aufenthaltsstaat nicht ohne Verletzung des Völkerrechts eingeengt oder beseitigt werden kann. Der Fremde ist nicht mehr, wie früher, völlig oder fast rechtlos, vielmehr hat sich seine Rechtsstellung derjenigen des Inländers angenähert, ohne sie ganz zu erreichen.<sup>43)</sup>

Die Frage, wie die entscheidenden Aussagen des Völkerrechts hinsichtlich der Behandlung von Ausländern lauten, wird allerdings nicht einheitlich beantwortet.

#### I. Theorie der Inländerbehandlung

Vornehmlich im lateinamerikanischen Rechtskreis wird die Auffassung vertreten, daß es nach allgemeinem Völkerrecht genüge, wenn ein Staat auf seinem Gebiet Ausländer genauso behandle, wie seine eigenen Staatsangehörigen. Er könne sie aber durch "fremdenrechtliche" Bestimmungen mangels Vertrages auch schlechter stellen. Bei Gleichbehandlung der Ausländer mit den Inländern sei dem Völkerrecht aber unter allen Umständen Genüge getan, sogenannte Theorie der Inländerbehandlung.<sup>44)</sup>

Diese Theorie ist jedoch völkerrechtlich nicht haltbar. Das Völkerrecht kann an die Behandlung von Ausländern höhere Anforderungen als an diejenige von Inländern stellen, weil es sich im allgemeinen nicht mit den Beziehungen des Aufenthaltsstaates zu seinen eigenen Staatsbürgern befaßt. Deren Rechtsstellung bemißt sich in der Regel nach dem nationalen Recht ihres eigenen Staates. Was die Behandlung von

Ausländern angeht, so hat der Aufenthaltsstaat dagegen auf die Personalhoheit der Heimatstaaten Rücksicht zu nehmen. Aus diesem Grunde ist die Rechtsstellung der Ausländer vornehmlich dem Völkerrecht unterworfen.<sup>45)</sup>

## II. Theorie des internationalen Mindeststandards

Die herrschende Völkerrechtslehre vertritt die Auffassung, daß die Behandlung der Ausländer durch den Aufenthaltsstaat gewissen Mindestanforderungen genügen müsse, bei deren Nichtbeachtung eine Völkerrechtsverletzung selbst dann vorliege, wenn er auch seine eigenen Staatsangehörigen nicht besser behandeln sollte. Ein Staat, der einen Ausländer z.B. mißhandelt, könne sich also nicht darauf berufen, daß es seinen eigenen Staatsangehörigen nicht besser ergehe.<sup>46)</sup> Das Mindestmaß der dem Ausländer einzuräumenden Rechtsposition bestimme sich nach der internationalen Rechtsüberzeugung und nach dem, was im internationalen Rechtsleben und in der Kulturwelt herkömmlich sei, sogenannte Theorie des internationalen Mindeststandards.<sup>47)</sup>

Vergleicht man diese Theorie mit derjenigen der Inländerbehandlung, so kann allerdings nicht verkannt werden, daß der Gegensatz zwischen beiden Theorien in weiten Bereichen seine Bedeutung verloren hat, weil das moderne Völkerrecht zunehmend geneigt ist, die Freiheit der Staaten auch in der Behandlung ihrer eigenen Staatsangehörigen einzuengen und sie an die Beachtung der Menschenrechte zu binden. Diese sind aber, wie nachfolgend gezeigt wird, mit den Rechten, die dem Mindeststandard zugerechnet werden müssen, weitgehend identisch, so daß man sagen kann, daß sich die Entwicklung auf einen gemeinsamen internationalen Standard für die Behandlung der Inländer und Ausländer hinbewegen und dadurch dann der Gegensatz zwischen beiden Theorien völlig beseitigt werden wird.<sup>48)</sup>

## 1. Die Mindestrechte

Eine erschöpfende Aufzählung aller dem internationalen Mindeststandard zuzurechnenden Rechte ist wohl nicht möglich. Mit D a h m (Bd. I., S. 506 bis 508) wird man davon auszugehen haben, daß der Aufenthaltsstaat Leben und körperliche Unversehrtheit, Ehre und Freiheit, Wohnung und Eigentum (im weiteren Sinn) der Ausländer schützen und ihnen die Ausübung der Religion gewähren muß. Ihnen ist auch die Deckung des Lebensbedarfs sowie die Ausübung der Rechte, die zur Sicherung einer angemessenen Lebensführung notwendig sind, zu gestatten. Zu diesem Zweck müssen sie Vermögen erwerben und über ihr Vermögen verfügen dürfen. Der Aufenthaltsstaat ist aber nicht verpflichtet, den Erwerb von Grundstücken zu gestatten. In gleicher Weise ist er nicht gehalten, Ausländern die Erlaubnis zur gewerblichen und beruflichen Betätigung zu erteilen. Kein Staat muß die Errichtung und den Wettbewerb ausländischer Unternehmungen im Inland dulden oder ausländische Arbeitnehmer bei sich aufnehmen, es sei denn, daß er hierzu durch Verträge verpflichtet ist. Hat er aber Gastarbeiter zugelassen, so muß er ein menschenwürdiges Dasein gewährleisten. Nicht zum völkerrechtlichen Mindeststandard gehört die politische Betätigung, die Meinungs- und Pressefreiheit, das Vereins- und Versammlungsrecht und die Zulassung zu Ämtern.<sup>49)</sup> Jedoch hat der Aufenthaltsstaat dafür zu sorgen, daß Ausländern Rechtsschutz zuteil wird,<sup>50)</sup> gleichgültig, ob sich der Einzelne in der Rolle des Klägers, des Beklagten oder des Angeklagten befindet.

Zweifelloos wird man die meisten dieser Berechtigungen schon den allgemeinen Menschenrechten zuzuordnen haben.<sup>51)</sup> Dies hat zur Konsequenz, daß der Aufenthaltsstaat diese Rechte auch denjenigen Ausländern zu garantieren hat, die sich rechtswidrig in seinem Staatsgebiet aufhalten.<sup>52)</sup>

## 2. Sperrwirkung des internationalen Mindeststandards

Die herrschende Völkerrechtslehre betrachtet die Summe der zuvor geschilderten Berechtigungen, als die absolute untere Grenze, unter welche die Rechtsstellung der Ausländer nicht absinken darf, will sich der Aufenthaltsstaat keiner Völkerrechtsverletzung schuldig machen. Kein Staat ist aber nach allgemeinem Völkerrecht verpflichtet, Ausländer in ihrer Rechtsstellung über dieses Mindestniveau hinauszuheben. Sind die Inländer, wie fast immer, rechtlich besser gestellt, so ist der Aufenthaltsstaat also nicht verpflichtet, den Ausländern Inländerbehandlung zu gewähren. Oberhalb der Mindestgrenze ist der Staat, vorbehaltlich entgegenstehender Verträge, befugt, Ausländer gegenüber Inländern zu diskriminieren.<sup>53)</sup> In diesem Bereich kann der Staat auch Ausländer verschiedener Staatsangehörigkeiten untereinander verschieden behandeln.<sup>54)</sup>

Die Diskriminierungsbefugnis findet jedoch ihre Schranke im Willkürverbot. Die Unterscheidung muß also vertretbar sein und darf nicht völlig aus dem Rahmen des üblichen fallen.<sup>55)</sup>

Eine Absenkung des Niveaus des internationalen Mindeststandards durch völkerrechtliche Verträge wäre in Hinblick auf die weitgehende Kongruenz dieses Standards mit den Menschenrechten nur hinsichtlich solcher Sachbereiche und solcher Verhaltensweisen als völkerrechtlich zulässig zu bezeichnen, welche nicht durch Menschenrechte gesichert sind.<sup>56)</sup>

## III. Meistbegünstigungsklausel

In der Praxis der Staaten kommt es häufig vor, daß in völkerrechtliche Verträge eine Meistbegünstigungsklausel aufgenommen wird. Unter dem Ausdruck "Meistbegünstigung" (traitement de la plus favorisée; most-favored-nation treatment) versteht man die innerhalb des Gebietes eines Vertrags- teiles gewährte Behandlung, die nicht weniger günstig ist,

als diejenige, die dort unter gleichartigen Voraussetzungen den Staatsangehörigen (Gesellschaften, Erzeugnissen, Schiffen und sonstigen Objekten jeglicher Art) entweder aller anderen Staaten (absolute Meistbegünstigung) oder einiger derselben (relative Meistbegünstigung) gewährt wird.<sup>57)</sup> Regelmäßig ist die Meistbegünstigung nur auf bestimmte Teilbereiche eines Vertrages bezogen.

#### IV. Inländerbehandlungsklausel

Oft wird auf Teilgebieten die (über die Meistbegünstigung noch hinausgehende) Inländerbehandlung vereinbart. Durch die Vereinbarung einer solchen Klausel wollen aber die Vertragsstaaten im Zweifel nicht auf völkerrechtliche Mindestrechte verzichten, sondern nur eine Gleichstellung mit Inländern auf einen im Vergleich zum Mindeststandard höheren rechtlichen Niveau erreichen.<sup>58)</sup>

#### B. Grundrechte der Ausländer

##### I. Menschenrechte und ihr Verhältnis zu den Bürgergrundrechten

Ausländer genießen diejenigen Grundrechte, welche allen Menschen und nicht nur den Deutschen im Sinne des Grundgesetzes (Art. 116 Abs. 1 GG) zustehen (Menschenrechte im Sinne der Grundrechts-Subjektivität).<sup>59)</sup>

Die Menschenrechte im Sinne der Grundrechts-Subjektivität können überstaatlichen Charakter haben (Menschenrechte im Sinne der Grundrechts-Qualität)<sup>59)</sup> oder durch den staatlichen Gesetzgeber kraft seiner Gesetzgebungsgewalt allen Menschen eingeräumt sein.<sup>60)</sup> Die den Ausländern zustehenden Grundrechte können somit vorstaatliche oder staatsgesetzliche Rechte sein.<sup>61)</sup>

Will das Grundgesetz Grundrechte nur den Deutschen einräumen (Bürgerrechte im Sinne der Grundrechts-Subjektivität),<sup>62)</sup> so verwendet es die Formeln "Deutscher" (Art. 16 Abs. 2 S. 1 GG),



"alle Deutschen" (Art. 8 Abs. 1, Art. 9 Abs. 1, Art. 11 Abs. 1, Art. 12 Abs. 1 S. 1 GG) oder "jeder Deutsche" (Art. 33 Abs. 1 und 2 GG). Alle übrigen Grundrechte gewährt es auch (das Asylrecht des Art. 16 Abs. 2 S. 2 GG sogar nur) den Ausländern.

Ausländer scheinen demnach auf folgenden Sachgebieten vom Grundrechtsschutz völlig ausgeschlossen zu sein:  
auf dem Gebiet der Versammlungsfreiheit (Art. 8 GG),  
der Vereinigungsfreiheit (Art. 9 Abs. 1 GG),  
der Freizügigkeit (Art. 11 GG),  
der Freiheit der Wahl von Beruf, Arbeitsplatz und der Ausbildungsstätte (Art. 12 Abs. 1 GG) und  
des Schutzes vor Auslieferung an das Ausland (Art. 16 Abs. 2 S. 1 GG).

Der offenbar völlige Ausschluß der Ausländer vom Grundrechtsschutz auf den zuvor einzeln aufgeführten Sachgebieten ist allerdings in bestimmten Bereichen durch Gewährungen des einfachen Gesetzgebers in etwa ausgeglichen.  
So sind die heimatlosen Ausländer (unter diesen Begriff fallen im wesentlichen die verschleppten Personen und Flüchtlinge des 2. Weltkrieges, sog. displaced persons) durch das einfache Bundesgesetz über die Rechtsstellung heimatloser Ausländer im Bundesgebiet - HAG - vom 25.4.1951 (BGBl. I S. 269) sowohl, was die Freizügigkeit anlangt und was die Freiheit angeht, sich zu (nicht politischen) Vereinigungen zusammenzuschließen, als auch bezüglich ihrer beruflichen Tätigkeit (mit Ausnahme des Wandergewerbes und des Straßenhandels) den Deutschen weitgehend gleichgestellt, vgl. §§ 12, 13, 17 HAG.

Was die Versammlungsfreiheit und die Vereinigungsfreiheit anlangt, so kann im übrigen darauf hingewiesen werden, daß durch Art. 11 der Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten - MRK - vom 4.11.1950, welche durch Bundesgesetz vom 7.8.1952 (BGBl. II S. 685) in (auch) innerstaatliches Recht mit einfachem Gesetzesrang transformiert worden ist und durch das Versammlungsgesetz vom 24.7.1953

(BGBI. I S. 684) bzw. das Vereinsgesetz vom 5.8.1964 (BGBI. I S. 593) auch Ausländern grundsätzlich das Recht zuerkannt wird, Versammlungen zu veranstalten bzw. daran teilzunehmen oder Vereine zu bilden.

Es handelt sich dabei um verfassungsrechtlich zulässige, über den personellen Anwendungsbereich der Art. 8, 9 und 11 GG hinausgehende Verbesserungen der Rechtsstellung der Ausländer. Diese partielle Gleichstellung mit den Deutschen darf jedoch nicht darüber hinwegtäuschen, daß es sich hier lediglich um Vergünstigungen durch einfache Gesetze handelt. Diese können aber Ausländern niemals einen etwa fehlenden Grundrechtsschutz verschaffen.<sup>63)</sup>

In der Literatur wird nun tatsächlich überwiegend die Meinung vertreten, daß Ausländern auf den Sachgebieten, auf denen das Grundgesetz nur den Deutschen Grundrechte gewährt, keinerlei Grundrechtsschutz zukommt.<sup>64)</sup>

Es gibt jedoch auch Stimmen, welche Ausländern auch auf dem Gebiet der Bürgergrundrechte trotz gegenteiligen Wortlautes bis zu einem bestimmten Grade einen Grundrechtsschutz einräumen wollen und zwar über die Art. 1 Abs. 1 und 2, Art. 2 Abs. 1 und Art. 19 Abs. 2 GG.

Die Diskussion über den Grundrechtsschutz von Ausländern in Sachbereichen der Bürgergrundrechte hat durch eine jüngst ergangene Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG, B.v.18.7.1973, NJW 74, 227) neuen Auftrieb erhalten, welche folgenden Satz enthält: "Die Beschränkung des Grundrechts der Freizügigkeit auf Deutsche und auf das Bundesgebiet (Art. 11 GG) schließt nicht aus, auf den Aufenthalt von Menschen in der Bundesrepublik auch Art. 2 Abs. 1 GG anzuwenden."

Die Problematik einer etwaigen Relativierung der Bürgergrundrechte zugunsten der Ausländer über das auch diesem Personenkreis zustehende Grundrecht der freien Entfaltung der Persönlichkeit mit oder ohne Bezugnahme auf Art. 1 Abs. 1 und 2 GG bzw. Art. 19 Abs. 2 GG tritt zwar im Zusammenhang mit jedem



nur Deutschen zustehenden Grundrecht auf. Im Rahmen dieser Arbeit interessieren jedoch vor allem etwaige Auswirkungen auf das Bürgergrundrecht der Freizügigkeit (Art. 11 GG). Der angeschnittene Fragenkreis wird deshalb eingehend erst im Zusammenhang mit der Darstellung des Einreise- und Aufenthaltsrechts der Ausländer seine Erörterung finden (siehe S.71 ff.).

Gleichfalls erst im Zusammenhang mit der Erörterung des Einreise- und Aufenthaltsrechts (siehe S.38 ff.) soll dem Problem nachgegangen werden, ob sich aus allen oder einigen Grundrechten, welche zweifelsfrei auch Ausländern zustehen, für diesen Personenkreis ein subjektives öffentliches Recht auf Einreise und Aufenthalt mit der Begründung ableiten läßt, daß das Grundgesetz die Ausübung dieser Grundrechte gerade in der Bundesrepublik Deutschland gewährleiste.

Das Grundrecht der politisch Verfolgten auf Asyl (Art. 16 Abs. 2 S. 2 GG) wird im Rahmen der Darstellung des Rechtes der Einreise und des Aufenthaltes (siehe S.42ff.), sowie der Ausweisung von Ausländern mit Sonderstatus (siehe S.267 ff.) seine Erörterung finden. Dort wird auch dem Problem nachgegangen, ob das Grundrecht auf Asyl mit immanenten Schranken versehen ist und sich somit die §§ 11 Abs. 2, 14 Abs. 1 S. 2 Ausländergesetz (AuslG), welche die Ausweisung und Abschiebung eines Asylanten sogar in den Verfolgerstaat zulassen, als verfassungsrechtlich unbedenklich darstellen.

Der nach Art. 18 GG mögliche Ausspruch der Verwirkung des Asylrechts (Art. 16 Abs. 2 S. 2 GG) durch das Bundesverfassungsgericht wird im Zusammenhang mit der Darstellung des Ausweisungsrechts (siehe S.286ff.) auf seine grundsätzliche Zulässigkeit in Hinblick auf Art. 1 Abs. 1 und 2 GG überprüft werden. In diesem Zusammenhang wird auch erörtert werden, ob sich die für den Fall der Anerkennung immanenter Schranken des Asylrechts an sich als unbedenklich erweisende Ausweisung und Abschiebung eines Asylanten gemäß §§ 11

Abs. 2, 14 Abs. 1 S. 2 AuslG auch angesichts des Entscheidungsmonopols des Bundesverfassungsgerichts hinsichtlich der Asylrechtsverwirkung (Art. 18 GG) rechtfertigen läßt.

## II. Ausländerrecht und Gleichheitsgrundsatz (Art. 3 GG)

Es wurde bereits festgestellt, daß nach allgemeinem Völkerrecht ein Staat zur Diskriminierung der Ausländer über dem Niveau des internationalen Mindeststandards zwar berechtigt, aber nicht verpflichtet ist. Das allgemeine Völkerrecht läßt also eine innerstaatliche Verbesserung der Rechtsstellung der Ausländer und sogar eine Gleichstellung mit den Inländern durchaus zu, es sei denn, eine solche Rechtserteilung würde die Personalhoheit des Heimatstaates des Fremden beeinträchtigen.<sup>65)</sup>

Was nun das innerstaatliche Recht der Bundesrepublik Deutschland betrifft, so könnte Art. 3 GG, insbesondere dessen Abs. 3, zu der Vermutung Anlaß geben, der Verfassungsgeber habe ausdrücklich eine über den völkerrechtlichen Mindeststandard hinausgehende Gleichstellung der Ausländer mit den Deutschen angeordnet.

Die Gleichheit vor dem Gesetz gehört in solchem Maße zu den Grundbestandteilen der verfassungsmäßigen Ordnung der Bundesrepublik, "daß auf den überpositiven Rechtsgrundsatz zurückgegriffen werden müßte, wenn der Gleichheitssatz nicht in Art. 3 GG geschriebenes Verfassungsrecht geworden wäre."<sup>66)</sup> Art. 3 Abs. 1 GG garantiert dem Einzelnen die Gleichheit vor dem Gesetz als Grundrecht im Sinne eines Menschenrechts vorstaatlichen Charakters.<sup>67)</sup> Er gewährt dem Einzelnen ein subjektives öffentliches Recht auf Rechtsgleichheit nicht nur gegenüber der vollziehenden Gewalt und der Rechtsprechung, sondern angesichts Art. 1 Abs. 3 GG auch gegenüber der Gesetzgebung.<sup>68)</sup>

Art. 3 Abs. 1 GG gewährt das Grundrecht auf Gleichheit vor dem Gesetz "allen Menschen" und entspricht damit dem überpositiven Charakter des Gleichheitssatzes.<sup>69)</sup> Daher können sich nicht nur Deutsche, sondern auch Ausländer auf ihn berufen.<sup>70)</sup>

Bevor jedoch der Frage nachgegangen werden kann, ob eine unterschiedliche Behandlung von Deutschen und Ausländern gegen den allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG verstößt, muß erst geprüft werden, ob eine solche Differenzierung nicht bereits an Art. 3 Abs. 3 GG scheitert. Art. 3 Abs. 3 GG enthält nämlich eine Konkretisierung des allgemeinen Gleichheitssatzes des Abs. 1 dahingehend, daß er bestimmte menschliche Verschiedenheiten vom Standpunkt der rechtlichen Gleichheit aus für unbeachtlich erklärt, sogenanntes "absolutes Differenzierungsverbot".<sup>71)</sup>

Man kann jedoch dem Art. 3 Abs. 3 GG ein Gebot der Gleichstellung der Ausländer mit den Deutschen nicht entnehmen. Nach fast einhelliger Meinung in Rechtsprechung und Literatur kann die Staatsangehörigkeit nicht den in Abs. 3 aufgeführten Merkmalen zugerechnet werden:<sup>72)</sup>

Unter "Abstammung" hat man die natürliche biologische Beziehung eines Menschen zu seinen Vorfahren zu verstehen.<sup>73)</sup> "Heimat" bezeichnet die örtliche Herkunft nach Geburt oder Ansässigkeit und zielt vor allem auf Flüchtlinge und Vertriebene.<sup>74)</sup> "Herkunft" meint die ständisch-soziale Abstammung.<sup>75)</sup> Auch "Rasse" und "Sprache" können nicht mit der Staatszugehörigkeit gleichgesetzt werden.<sup>76)</sup>

Wenn auch die Staatsangehörigkeit oft mit einem dieser Merkmale zusammenfallen mag, so liegt dennoch wegen des Erfordernisses des kausalen Zusammenhangs zwischen den in Art. 3 Abs. 3 GG aufgeführten Gründen und der unterschiedlichen Behandlung<sup>77)</sup> dann kein Verstoß gegen Art. 3 Abs. 3 GG vor, wenn nur die Staatsangehörigkeit, nicht aber diese Merkmale den eigentlichen Beweggrund der unterschiedlichen Regelung bilden.

Eine unterschiedliche Behandlung von Deutschen und Ausländern darf jedoch auch nicht dem allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG widersprechen. Dieser Gleichheitssatz enthält für den Gesetzgeber das Gebot, Gleiches gleich, Ungleiches seiner Eigenart entsprechend verschieden zu behandeln. Er ist verletzt, wenn sich ein vernünftiger, sich aus der Natur der Sache ergebender oder sonstwie sachlich einleuchtender Grund für die gesetzliche Differenzierung oder Gleichbehandlung nicht finden läßt, kurzum, wenn die Bestimmung als willkürlich bezeichnet werden muß.<sup>78)</sup> Der Gleichheitssatz verlangt weder, daß bei der Ordnung eines bestimmten Lebensgebietes alle tatsächlichen Verschiedenheiten vernachlässigt werden, noch, daß alle vorgegebenen Ungleichheiten berücksichtigt werden. Eine Verletzung des Gleichheitssatzes liegt dann vor, wenn der Gesetzgeber Differenzierungen, die er vornehmen mußte, nicht vornimmt, nicht aber, wenn er Unterscheidungen, die er nur treffen durfte, unterläßt.<sup>79)</sup> Der Gesetzgeber ist grundsätzlich frei, die Merkmale der Vergleichspaare zu bestimmen, die für die Gleichheit oder Ungleichheit der gesetzlichen Regelung maßgeblich sein sollen. Art. 3 Abs. 1 GG ist nur dann verletzt, wenn der Gesetzgeber es unterläßt, tatsächliche Gleichheiten zu berücksichtigen, die so bedeutsam sind, daß sie bei einer am Gerechtigkeitsdenken orientierten Betrachtungsweise berücksichtigt werden müssen.<sup>80)</sup> Der Gleichheitssatz läßt sich also als ein Verbot der Willkür bzw. als ein Gebot sachgemäßen Handelns begreifen.<sup>81)</sup>

Wendet man diese Rechtsgrundsätze auf das Vergleichspaar Deutsche - Ausländer an, so ergibt sich folgendes:

Die Fremdeneigenschaft eines Menschen darf dann als sachliches Unterscheidungsmerkmal zu einer Ungleichbehandlung gegenüber Deutschen führen, wenn das rechtlich zu regelnde Lebensverhältnis durch diesen Unterschied in bedeutsamer Weise geprägt wird.<sup>82)</sup> Verfehlt wäre es, wollte man Art. 25 GG (gewissermaßen als lex specialis) eine Einflußnahme auf Art. 3

Abs. 1 GG dergestalt unterstellen, daß die Ausländereigenschaft in jedem Falle ein sachlich gebotenes, also nicht willkürliches Unterscheidungsmerkmal sei,<sup>83)</sup> zumal das allgemeine Völkerrecht auch über dem Mindestniveau eine willkürliche Behandlung verbietet (s.o. S. 13). Nicht rechtmäßig wäre es also, wenn Fremde lediglich deshalb, weil sie Fremde sind, einer ungünstigeren Regelung unterworfen würden; es müssen also zur Fremdeneigenschaft noch andere Umstände hinzukommen, welche es rechtfertigen, eine Differenzierung vorzunehmen.<sup>84)</sup>

Allerdings kann das Recht zur Differenzierung nach der Fremdeneigenschaft auch bei Vorliegen solcher zusätzlicher sachlicher Umstände auf bestimmten Sachgebieten ausgeschlossen sein. Verleiht nämlich das Grundgesetz Grundrechte nicht nur an Deutsche, sondern auch an Ausländer, so beinhaltet dies im jeweiligen Anwendungsbereich dieser Rechte ein Differenzierungsverbot nach der Fremdeneigenschaft. Handelt es sich bei solchen Grundrechten um Menschenrechte im Sinne der Grundrechts-Qualität,<sup>85)</sup> so ergibt sich das Verbot unterschiedlicher Behandlung auch aus Art. 25 GG, da der in innerstaatliches Recht transformierte internationale Mindeststandard mit den Menschenrechten nahezu deckungsgleich ist (s.o. S. 12). Dreht es sich dagegen (nur) um Menschenrechte im Sinne der Grundrechts-Subjektivität,<sup>86)</sup> so ist das Differenzierungsverbot nach der Ausländereigenschaft allein der Tatsache der Gewährung dieser Grundrechtsverbürgungen auch an Ausländer zu entnehmen.

Fraglich ist, ob die Grundrechte, die auch Ausländern zustehen, a b s o l u t e Differenzierungsverbote enthalten.<sup>87)</sup> Sind solche Grundrechte mit einem Gesetzesvorbehalt versehen (vgl. z.B. Art. 5 Abs. 2 GG), so wird man innerhalb dieses Vorbehalts eine gesetzliche Differenzierung zwischen Ausländern und Deutschen für zulässig halten müssen (r e l a t i v e s Differenzierungsverbot). Aber auch hier ist Voraussetzung einer im Rahmen des Gesetzesvorbehalts erfolgenden Regelung, daß die Fremdeneigenschaft das zu regelnde



Lebensverhältnis entscheidend prägt.<sup>88)</sup> Die Wesensgehaltsschranke des Art. 19 Abs. 2 GG darf aber auf keinen Fall durchbrochen werden, und zwar selbst dann nicht, wenn der Wesensgehalt eines Grundrechts mit dem Gebot der Achtung der Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 GG) nicht gleichgesetzt werden kann.

Auch auf Sachgebieten, die außerhalb des Bereichs der Spezialgrundrechte liegen und deshalb vom Grundrecht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit (Art. 2 Abs. 1 GG) erfaßt werden, sind im Rahmen des Vorbehalts der verfassungsmäßigen Ordnung Differenzierungen zwischen Deutschen und Ausländern nach Maßgabe der vorstehend aufgezeigten Grundsätze möglich.<sup>89)</sup>

Wenn das Grundgesetz auf bestimmten Sachgebieten ein Spezialgrundrecht nur Deutschen verleiht (so insbesondere auf dem Gebiete der Freizügigkeit, Art. 11 GG), so ist eine Benachteiligung der Ausländer auch dann zulässig, wenn man es für möglich halten sollte, daß sie sich selbst in diesen Bereichen auf das Grundrecht der freien Entfaltung der Persönlichkeit (Art. 2 Abs. 1 GG) berufen können, da die Gesetzesvorbehalte der Bürgergrundrechte weniger weit reichen, als die Einschränkungsmöglichkeiten im Rahmen des Vorbehalts der verfassungsmäßigen Ordnung im Sinne des Art. 2 Abs. 1 GG.

## Zweiter Abschnitt: Einreise und Aufenthalt

### A. Völkerrecht

#### I. Allgemeine Regeln des Völkerrechts

In der Völkerrechtsliteratur, welche sich mit dem Aufenthalt von Ausländern in fremden Staaten befaßt, haben einige Autoren mit einer gewissen Euphorie einem "Weltbürgerrecht" das Wort geredet, welches sie als die Konsequenz einer die Staatenwelt verbindenden Rechtsgemeinschaft betrachteten.<sup>90)</sup> Andere Schriftsteller sprachen von einem "Grundrecht auf

freien Verkehr" oder von dem "Prinzip der Verkehrsfreiheit",<sup>91)</sup> wobei jedoch einige das Recht eines jeden Staates auf Unabhängigkeit und Selbsterhaltung unangetastet wissen wollten.<sup>92)</sup>

Die Mehrzahl der Autoren war und ist sich jedoch darüber einig, daß bei der Entscheidung der Frage, ob ein Staat die Einreise von Staatsfremden gestatten muß oder ob er sie abweisen darf, die aus dem staatlichen Souveränitätsrecht abzuleitende Gebietshoheit vorrangig Beachtung finden müsse.<sup>93)</sup> Typisch für diesen Standpunkt z.B. Berber (Völkerrecht, Bd. I, S. 378): "Es gibt nach geltendem Völkerrecht keine internationale Freizügigkeit...; es ist geradezu ein Charakteristikum für das gegenwärtige Stadium des Völkerrechts, das mit Zähigkeit an dem Prinzip der Souveränität der Einzelstaaten festhält, daß den Staaten das Recht, über die Zusammensetzung ihrer Bevölkerung "souverän" zu bestimmen, vorbehalten bleibt. Denn dieses Recht... bedeutet zugleich die Macht der Staaten, ihre Homogenität, wie ihre staatlich-historische Identität aufrecht zu erhalten...".

Geht man von der Vorstellung der souveränen Gebietshoheit aus, so besteht jedoch keine Übereinstimmung in der Antwort auf die Frage, ob wohl ein Staat berechtigt sei, sich von a l l e n anderen Staaten völlig abzusperren. Während das Recht zur vollständigen Absperrung teilweise bejaht wird,<sup>94)</sup> hält die Mehrzahl der Autoren ein solches Vorgehen für völkerrechtswidrig.<sup>95)</sup> Nur aus besonderen Gründen und auch dann nur vorübergehend könne ein solches Verhalten gerechtfertigt sein.<sup>96)</sup> Dieser Frage wird jedoch heute kaum noch aktuelle Bedeutung zukommen.

Dagegen ist es auch heute noch durchaus möglich, daß ein Staat die Staatsangehörigen eines b e s t i m m t e n anderen Staates abweisen will. Auch hier sind die Meinungen über die Berechtigung zu einem solchen Vorgehen geteilt. Während insbesondere in der älteren Literatur der Standpunkt vertreten wird, daß ein derartiges Vorgehen in jedem



Falle das Völkerrecht verletze,<sup>97)</sup> Bornhak (a.a.O. S. 109) dagegen einen Völkerrechtsbruch nur dann annimmt, wenn die Absperrung in Friedenszeiten erfolgt, hält eine dritte Gruppe von Völkerrechtlern eine totale Absperrung gegenüber einem bestimmten anderen Staat in jedem Fall für völkerrechtlich zulässig.<sup>98)</sup>

Das moderne Völkerrecht scheint eine gegen einen anderen Staat gerichtete Absperrung nur dann für völkerrechtlich zulässig anzusehen, wenn der absperrende Staat Gründe der Selbsterhaltung geltend machen kann.<sup>99)</sup>

Unbestritten ist jedoch das Recht eines jeden Staates, bestimmte Personengruppen eines oder mehrerer fremder Staaten abzuweisen, wenn diese Entscheidung aus Gründen der Erhaltung der staatlichen Sicherheit oder Ordnung bzw. des öffentlichen Wohls getroffen wird.<sup>100)</sup> Dabei genügt schon objektive Unerwünschtheit.<sup>101)</sup>

Die Zulassung von Einwanderern ist nach allgemeinem Völkerrecht völlig in das Ermessen des einzelnen Staates gestellt.<sup>102)</sup> Auch braucht kein Staat Ausländern die Niederlassung zu gestatten, wobei als Niederlassung ein auf längere Dauer berechneter und sich als Begründung eines festen Wohnsitzes darstellender Aufenthalt zu verstehen ist.<sup>103)</sup>

Des weiteren muß Ausländern nicht ohne weiteres die Durchreise erlaubt werden. Auch darüber kann der Staat nach eigenem Ermessen entscheiden.<sup>104)</sup>

Steht es somit nach allgemeinem Völkerrecht im Ermessen des Staates, ob er Fremde überhaupt zulassen will, so folgt daraus, daß er erst recht die Befugnis hat, die Voraussetzungen und die Modalitäten für die Einreise festzulegen und die Dauer des Aufenthalts nach eigenem Ermessen zu bestimmen.<sup>105)</sup>

Zusammenfassend kann gesagt werden, daß nach allgemeinem Völkerrecht mit Ausnahme des Verbots einer dauernden, völligen

Absperrung und Abgrenzung das "Ob" und "Wie" der Zulassung von Staatsfremden in der Ermessensfreiheit eines Staates liegt. Jedoch gilt auch hier das Willkürverbot,<sup>106)</sup> wenngleich man in diesem Zusammenhang nur äußerst selten von Willkür wird sprechen können, wie die nachstehenden Ausführungen von Dahm (a.a.O. S. 500) veranschaulichen:

"Wenn ein Staat Ausländer von seinen Arbeitsmärkten in Notzeiten fernhält, die Zulassung von Ausländern von der Bedingung der Gegenseitigkeit abhängig macht, sein Land für Einwanderer sperrt oder die Einwanderung auf Menschen beschränkt, die er glaubt assimilieren zu können, so liegt darin kein Mißbrauch der staatlichen Hoheitsgewalt. Wer das Gegenteil annimmt, mag dafür rechtspolitische Gründe anführen, kann sich aber nicht auf eine auch nur einigermaßen gesicherte Rechtsüberzeugung berufen."

Sollte aber dennoch einmal auf diesem Sachgebiet ein Verstoß gegen das Völkerrecht vorkommen, so ist in der Regel nur der Heimatstaat des Abgewiesenen verletzt, nicht jedoch der Abgewiesene selbst, da ihm das allgemeine Völkerrecht keine eigene Rechtsposition zuweist. Das Recht des Heimatstaates kann sich nur rein tatsächlich in Form eines Rechtsreflexes auf den Abgewiesenen auswirken, diesem aber i.d.R. keine eigenen Ansprüche gegen den das Völkerrecht verletzenden Staat verschaffen.<sup>107)</sup>

Sind die Staaten somit zur Abweisung von Fremden berechtigt, solange es sich nicht um eine Totalabspernung handelt, so sind sie auf der anderen Seite zur Zulassungsverweigerung in keinem Falle verpflichtet; sie dürfen vielmehr nach allgemeinem Völkerrecht Ausländer beliebig bei sich aufnehmen, ohne einen einseitigen Einspruch desjenigen Staates, dessen Staatsangehörigkeit der Aufzunehmende besitzt, beachten zu müssen.<sup>108)</sup>

## II. Partikulares Völkerrecht

Die nach allgemeinem Völkerrecht bestehende Freiheit des Staates, Ausländer abzuweisen, kann jedoch wirksam durch multi- oder bilaterale völkerrechtliche Verträge beschränkt werden. Dies geschieht üblicherweise durch Handels-, Freundschafts- oder Niederlassungsverträge.<sup>109)</sup>

Jedoch sind Verträge, die eine derartige Einschränkung der Abweisungsfreiheit zu enthalten scheinen, mit Behutsamkeit auszulegen: "Wenn zwei Staaten z.B. in einem Handelsvertrag den Angehörigen des anderen Teils das Recht der Einreise, des Aufenthalts und der freien Bewegung im Inland gestatten, übernehmen sie damit noch nicht die Verpflichtung, auch die Einwanderung zu erlauben. Soweit die Staaten sich vertraglich zur Aufnahme von Fremden verpflichten, pflegen sie doch die Möglichkeit der Abweisung aus besonderen Gründen offen zu lassen." (Dahm, a.a.O. S. 499).

Umgekehrt läßt sich aber auch die nach allgemeinem Völkerrecht für einen Staat bestehende Freiheit, Fremde nach Belieben zuzulassen, durch völkerrechtliche Verträge, insbesondere Auslieferungsverträge einschränken.<sup>110)</sup>

Was die hier interessierende Abweisung bzw. Zulassung von Ausländern angeht, so hat die Bundesrepublik Deutschland bilaterale Niederlassungs-, Freundschafts-, Schiffahrts- bzw. Handelsverträge mit folgenden Staaten abgeschlossen: Türkei, USA, Persien, Schweiz, Frankreich, Dominikanische Republik, Italien, Griechenland, Philippinen, Japan, Saudi-Arabien.<sup>111)</sup>

Außerdem bestehen Verträge über die Anwerbung ausländischer Arbeitnehmer mit Griechenland, Italien, Jugoslawien, Portugal, Spanien, Marokko, Tunesien und der Türkei.<sup>112)</sup>

Von den multilateralen Abkommen, denen die Bundesrepublik Deutschland beigetreten ist, verdienen in diesem Zusammenhang

folgende besonders hervorgehoben zu werden:

die Europäische Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4.11.1950 (Bundesgesetz v. 7.8.1952 (BGBl. II S. 685, ber. 953)),

das Abkommen über die Rechtsstellung der Flüchtlinge - Genfer Konvention - vom 28.7.1951 (Bundesgesetz vom 1.9.1953 (BGBl. II S. 559)),

das Europäische Niederlassungsabkommen vom 13.12.1955 (Bundesgesetz vom 30.9.1959 (BGBl. II S. 997)) sowie

die Verträge von Rom vom 25.3.1957 (Bundesgesetz v. 27.7.1957 (BGBl. II S. 753)), welche sich u.a. mit der Freizügigkeit in den Mitgliedsstaaten der EWG befassen.

Die Bundesrepublik Deutschland hat außerdem mit zahlreichen Staaten Auslieferungsverträge abgeschlossen (vgl. die Aufzählung bei Schiedermaier a.a.O. S. 405 ff). Das Europäische Auslieferungsabkommen vom 13.12.1957 ist für die Bundesrepublik Deutschland bisher noch nicht in Kraft getreten.

## B. Völkerrecht und innerstaatliches Recht

### I. Allgemeines

Die Problematik der Beziehung zwischen Völkerrecht und innerstaatlichem Recht liegt darin begründet, daß voneinander verschiedene, in sich abgerundete Rechtsordnungen ein und dasselbe sachliche Problem, so z.B. auch die Bestimmung des Rechtsstatus der Ausländer, unabhängig voneinander und somit ohne notwendige Übereinstimmung regeln.<sup>113)</sup> Das Verhältnis der beiden Rechtsordnungen zueinander ist, zumindest unter den Theoretikern, Gegenstand eines teilweise sehr heftigen Meinungsstreites.

Die **monistische** Lehre geht davon aus, daß Völkerrecht und innerstaatliches Recht bei gleicher Rechtsquelle, gleichem einheitlichen Geltungsgrad und gleichem Adressaten, nämlich dem einzelnen Menschen, nur verschiedene Bestandteile einer rechtlichen Einheit darstellen. Das Völkerrecht gelte gemeinsam mit dem staatlichen Recht und ohne daß eine Umformung (Transformation) des Völkerrechts in innerstaatliches Recht notwendig sei. Die Vertreter dieser monistischen Theorie sind sich jedoch uneins der Frage, ob das Völkerrecht eine Ableitung des innerstaatlichen Rechts darstellt (monistische Theorie mit Primat des innerstaatlichen Rechts) oder ob sich vielmehr das innerstaatliche Recht aus dem Völkerrecht herleitet (monistische Theorie mit Primat des Völkerrechts). Bei letzterer Variante wird zum Teil die Schlußfolgerung gezogen, daß innerstaatliche Rechtsnormen im Falle eines Widerspruchs zu Normen des Völkerrechts nichtig seien, während andere der Ansicht sind, daß ein völkerrechtswidriges Gesetz innerstaatlich wenigstens vorläufig Gültigkeit besitze.<sup>114)</sup>

Die **dualistische** Theorie (Hauptvertreter sind **Triepel** (Völkerrecht und Landesrecht, 1899, S. 9) sowie **Anzilotti** (Lehrbuch des Völkerrechts (deutsche Ausgabe), 1 Bd. 1929, S. 38)) sieht Völkerrecht und innerstaatliches Recht hinsichtlich ihrer Quellen, ihres sachlichen Regelungsgegenstandes und ihrer Normadressaten als völlig voneinander unabhängige Rechtskreise mit begrenzter gegenseitiger Einflußnahme an. Danach gelte das Völkerrecht im Bereich des innerstaatlichen Rechtes nur, wenn eine innerstaatliche Rechtsnorm dessen Anwendung anordnet, wodurch das Völkerrecht in gleichzeitig innerstaatliches Rechts transformiert wird.<sup>115)</sup>

Wenn auch die dualistische Theorie und die zuvor geschilderte abgeschwächte Variante der monistischen Theorie mit Primat des Völkerrechts in Konfliktsfällen in der Praxis zu weitgehend gleichen Lösungen kommen,<sup>116)</sup> so ist doch klar zu erkennen, daß die gegenwärtigen Staatenbeziehungen,



welche sich durch ein starkes Souveränitätsstreben auszeichnen, weitgehend von der dualistischen Theorie geprägt sind.<sup>117)</sup> Es ist deshalb davon auszugehen, daß das Völkerrecht durch einen innerstaatlichen Akt in innerstaatliches Recht transformiert werden muß, wobei die Entscheidung über Art und Weise dieser Transformation dem innerstaatlichen Recht vorbehalten bleibt.<sup>118)</sup> Die Einstufung des transformierten Rechts in die innerstaatliche Rechtsnormpyramide wird ebenfalls vom innerstaatlichen Recht festgelegt.<sup>119)</sup>

## II. Transformation der allgemeinen Regeln des Völkerrechts (Art. 25 GG)

Art. 25 GG ist nach seinem Inhalt sowohl mit der monistischen als auch mit der dualistischen Theorie vereinbar.<sup>120)</sup> Man neigt jedoch zu der Auffassung, daß Art. 25 GG eher Ausdruck der dualistischen Theorie ist und begründet dies mit der Entstehungsgeschichte und der Wortfassung dieses Artikels,<sup>121)</sup> sowie mit der Tatsache, daß es im Grundgesetz für das vertragliche Völkerrecht an einer entsprechenden Norm fehle und deshalb in Lehre und Praxis das dualistische Prinzip angewendet werde. Da aber eine Anerkennung der monistischen Lehre auch für das Völkervertragsrecht gelten müßte, müsse hieraus geschlossen werden, daß Art. 25 GG Ausdruck einer gemilderten dualistischen Auffassung sei.<sup>122)</sup>

Art. 25 S. 1 GG transformiert generell die allgemeinen Völkerrechtsregeln, auch soweit sie Fremdenrecht enthalten, in Bundesrecht. Unter allgemeinen Regeln des Völkerrechts sind solche zu verstehen, die von den Staaten der Völkerrechtsgemeinschaft in ihrer überwiegenden Mehrheit und von den maßgebenden Mächten als verpflichtend anerkannt werden.<sup>123)</sup> Es kann sich neben allgemeinem Gewohnheitsrecht auch um vertragliche Normen und allgemeine von den zivilisierten Staaten anerkannte Rechtsgrundsätze handeln, sofern sie sich unter diese vorgenannte Definition subsumieren



lassen.<sup>124)</sup> Es kommt nach herrschender Meinung nicht auf eine spezielle Anerkennung der Regeln durch die Bundesrepublik Deutschland an.<sup>125)</sup>

Zu diesen allgemeinen Regeln des Völkerrechts gehören auch die oben S. 22 ff. genannten Normen hinsichtlich Einreise und Aufenthalt von Ausländern in ein fremdes Staatsgebiet.

Art. 25 S. 2, Hs. 1 GG erklärt den Vorrang des durch S. 1 in Bundesrecht transformierten Völkerrechts vor einfachem Gesetzesrecht. Es besteht deshalb keine Möglichkeit, eine Völkerrechtsregel durch einfaches Gesetz abzuändern oder außer Kraft zu setzen. Ein derartiges Gesetz wäre nichtig.<sup>126)</sup>

Nicht zweifelsfrei ist jedoch das Verhältnis einer durch Art. 25 GG transformierten Völkerrechtsregel zu den Normen des Grundgesetzes selbst. Das Bundesverfassungsgericht stuft diese Regeln zwischen Verfassungsrecht und einfachem Gesetzesrecht ein,<sup>127)</sup> mit der Folge, daß der Staat sich durch den Erlass einer Verfassungsnorm der innerstaatlichen Geltung einer Völkerrechtsnorm entziehen könnte. Andere nehmen Verfassungsrang der Völkerrechtsnorm mit Geltung des Grundsatzes "lex posterior derogat legi priori" an.<sup>128)</sup> Eine dritte Lehrmeinung ist der Auffassung, daß der Völkerrechtsregel Über-Verfassungsrang zukomme.<sup>129)</sup>

Durch Art. 25 S. 1 und 2, Hs. 1 GG wird das schon oben S. 22 ff. behandelte materielle allgemeine Völkerrecht betreffend Einreise und Aufenthalt von Ausländern in fremdes Staatsgebiet in Bundesrecht mit Vorrang vor einfachem Gesetzesrecht transformiert.

Fraglich ist, welche Bedeutung der in Art. 25 S. 2, Hs. 2 GG gemachten Aussage zukommt, daß die so transformierten Rechtsnormen des Völkerrechts Rechte und Pflichten unmittelbar für die Bewohner des Bundesgebietes erzeugen.

B e r b e r (Lehrbuch des Völkerrechts, Bd. 1, S. 99)

nennt diese Worte "rein pleonastisch, da sich diese Folge für etwas, das Bestandteil des Bundesrechts ist, von selbst" verstehe. Im übrigen gäbe es Völkerrechtssätze, die keine Rechte und Pflichten für Einzelpersonen beinhalten, sondern allein das Zusammenwirken der Staaten betreffen. Diese Aussage läßt allerdings unberücksichtigt, daß es gerade darum geht, festzustellen, ob durch Art. 25 S. 2 Hs. 2 GG der Adressatenkreis der Völkerrechtsnormen über die Staaten hinaus ausgedehnt wird.

Allerdings kann eine "Erzeugung" von Rechten und Pflichten unmittelbar für Individuen natürlich dann nicht mehr in Betracht kommen, wenn schon das allgemeine Völkerrecht selbst dem Individuum ein eigenes Recht eingeräumt hat; ein solches individualgerichtetes Recht würde schon durch S. 1 des Art. 25 GG erfaßt und in innerstaatliches Recht transformiert.<sup>130)</sup> Der Fall aber, daß schon das allgemeine Völkerrecht dem Fremden ein eigenes Recht auf Einreise einräumt, stellt die seltene Ausnahme dar (siehe oben S. 25 und insbesondere Anmerkung 107).

Jedoch kann man andererseits wohl nicht sagen, daß hinsichtlich nach allgemeinem Völkerrecht allein staatsgerichteter Rechte und Pflichten in keinem Fall eine Ausweitung der Normadressaten durch das innerstaatliche Recht in Betracht kommen könne.<sup>131)</sup> Vielmehr läßt es sich unter Umständen denken, daß solche Rechte und Pflichten auch einem Individuum zustehen können und insofern dann tatsächlich eine Rechtserzeugung i.S.d. Art. 25 S. 2 GG stattfindet.<sup>132)</sup> Eine solche Adressatenverschiebung in Richtung auf das Individuum ist jedoch ausgeschlossen, wenn die Völkerrechtsnorm ersichtlich nur auf die Staaten ausgerichtet ist. Dies trifft z.B. für die Einreise von Ausländern in einen fremden Staat wenigstens dann zu, wenn es zuvor noch zu keiner Inlandsbeziehung gekommen ist. Außerdem will das Grundgesetz durch Art. 25 S. 2 in diesem Vorstadium ganz offensichtlich selbst noch keine Individualrechte erzeugen, da es diese Rechtsfolge nur für "Bewohner des Bundesgebietes"

vorsieht, dieses Tatbestandsmerkmal in der Person eines Ausländers, der erst die Einreise begehrt und noch keinen Wohnsitz im Bundesgebiet hat, aber gerade nicht erfüllt ist.

An das durch Art. 25 GG in innerdeutsches Recht mit Vorrang vor einfachem Gesetzesrecht transformierte allgemeine Völkerrecht sind der einfache Gesetzgeber, die vollziehende Gewalt sowie die Rechtsprechung gemäß Art. 20 Abs. 3 GG gebunden. Da das allgemeine Völkerrecht nur eine Schlechterstellung der Fremden durch die Aufenthaltsstaaten verbietet, dagegen deren Besserstellung durchaus zuläßt, steht es dem einfachen Gesetzgeber frei, ein den Ausländern günstigeres Recht zu schaffen.

Es kann schon jetzt gesagt werden, daß der Gesetzgeber der Bundesrepublik Deutschland mit dem Erlaß u.a. des Ausländergesetzes vom 28.4.1965 (BGBl. I S. 353) den Regeln des allgemeinen Völkerrechts nicht nur gerecht geworden ist, sondern den Rechtsstatus des Ausländers weit über den internationalen Mindeststandard hinaus angehoben hat.<sup>133)</sup>

### III. Transformation des partikularen Völkerrechts

Völkerrechtliche Verträge bedürfen, wenn sie die politischen Beziehungen des Bundes regeln oder wenn der Bund durch sie Verpflichtungen übernimmt, deren Erfüllung allein durch Erlaß eines Bundesgesetzes möglich ist, der Zustimmung oder der Mitwirkung der jeweils für die Bundesgesetzgebung zuständigen Körperschaften in der Form eines Bundesgesetzes (Art. 59 Abs. 2 S. 1 GG).

Wenngleich es zweifelhaft erscheint, ob Verträge, die sich nur mit dem Aufenthaltsrecht von Staatsfremden befassen, als Verträge politischen Inhalts im Sinne der ersten Alternative bezeichnet werden können, so handelt es sich in jedem Fall um Abkommen, welche sich auf die Rechtsstellung von Ausländern im Inland, also auf deren rechtliches Dürfen

und Können beziehen. Eine solche Veränderung der Rechtsstellung kann nur durch ein Bundesgesetz herbeigeführt werden. Dem Bund steht die Gesetzgebungskompetenz gemäß Art. 74 Nr. 4 GG zu. Solche Verträge bedürfen deshalb nach Art. 59 Abs. 2 S. 1 GG der Zustimmung in der Form eines Bundesgesetzes. Dieses Bundesgesetz erfüllt nach der in der Rechtsprechung und der Rechtslehre herrschenden Meinung sowohl die Aufgabe der Ermächtigung des Bundespräsidenten zur Ratifikation eines solchen Vertrages, als auch diejenige seiner Transformation in innerstaatliches Recht, soweit staatliche Organe gebunden und Rechte und Pflichten für Staatsfremde begründet werden sollen.<sup>134)</sup>

So wurde auch der EWG-Vertrag vom 25.3.1957 durch Bundesgesetz vom 27.7.1957 (BGBl. II S. 753) in innerdeutsches Recht transformiert. Art. 189 Abs. 1 EWG-Vertrag verleiht dem Ministerrat und der Kommission das Recht, Verordnungen und Richtlinien zu erlassen.

Was die für das Aufenthaltsrecht der Ausländer bedeutsamen EWG- V e r o r d n u n g e n anlangt, so ist folgendes herauszustellen:

Art. 189 Abs. 2 EWG-Vertrag lautet:

"Die Verordnung hat allgemeine Geltung. Sie ist in allen ihren Teilen verbindlich und gilt unmittelbar in jedem Mitgliedsstaat."

Nahezu unbestritten gelten somit in der Bundesrepublik Deutschland die Normen einer solchen Verordnung unmittelbar, also ohne daß ein diesbezüglicher innerstaatlicher Transformationsakt notwendig wäre.<sup>135)</sup>

Nicht einig ist man sich dagegen in der Frage, welcher Rechtsordnung diese Verordnung (VO) angehört. Überwiegend wird wohl angenommen, daß die VOen in den Mitgliedsstaaten ohne Transformation als "Europäisches Recht" unmittelbar gelten,<sup>136)</sup> während andere die Meinung vertreten, daß die

VOen nur deshalb nicht jeweils speziell transformiert werden müßten, weil sie bereits durch das Ratifikationsgesetz vom 27.7.1957 (BGBl. II S. 753) automatisch in innerdeutsches Recht umgeformt wurden; dieses Gesetz erfülle nämlich u.a. die Funktion einer vorweggenommenen Generaltransformation.<sup>137)</sup>

Dieser letzteren Ansicht ist aus dogmatischen Gründen wohl der Vorzug zu geben, denn sie steht einmal mit der im Völkerrecht herrschenden dualistischen Lehre (s.o. S. 27) in Einklang. Weiter ist folgendes zu bedenken: wenn schon Art. 189 Abs. 2 EWG-Vertrag selbst unstreitig durch Gesetz v. 27.7.1957 in innerdeutsches Recht transformiert würde, so kann wohl einer aus diesem Artikel abgeleiteten Vorschrift hinsichtlich ihrer unmittelbaren Geltung im jeweiligen Staat kein günstigeres Schicksal beschieden sein. Obwohl in Abs. 2 des Art. 189 EWG-Vertrag von "unmittelbarer Geltung" die Rede ist, ist damit nicht zwingend ausgesprochen, daß überhaupt keine Transformation in innerdeutsches Recht mehr nötig sei, sondern nur dargetan, daß keine spezielle Transformation mehr erforderlich ist. Jede EWG-VO leitet vielmehr ihre unmittelbare innerstaatliche Geltung immer aus der einmal erfolgten Generaltransformation des Art. 189 EWG-Vertrag durch das Gesetz v. 27.7.1957 (BGBl. II S. 753) her. Damit soll nicht bestritten werden, daß die VOen als "Europäisches Recht" unmittelbar in der Bundesrepublik Deutschland gelten. Sie stellen europäisches Völkerrecht und gleichzeitig innerstaatliches Recht dar.

Zu den von der Gemeinschaft erlassenen **R i c h t l i n i e n** ist folgendes zu bemerken:

Art. 189 Abs. 3 EWG-Vertrag lautet:

"Die Richtlinie ist für jeden Mitgliedstaat, an den sie gerichtet wird, hinsichtlich des zu erreichenden Ziels verbindlich, überläßt jedoch den innerstaatlichen Stellen



die Wahl der Form und der Mittel".

Voraussetzungen und zulässiger Inhalt einer Richtlinie ergeben sich **n i c h t** aus Art. 189 Abs. 3 EWG-Vertrag. Dieser setzt vielmehr voraus, daß die Richtlinie, auf die die Vorschrift Anwendung finden soll, bereits ergangen ist. Der mögliche Inhalt einer Richtlinie ergibt sich aus den sonstigen Vorschriften des EWG-Vertrages, insbesondere aus seinem Art. 100 und Art. 101.<sup>138)</sup>

Im Gegensatz zu den VOen schaffen die Richtlinien keine unmittelbar verbindliche Rechnormen, auch kein Rahmenrecht. Sie führen nicht zu europäischem Gemeinschaftsrecht, sondern zu übereinstimmendem nationalen Recht. Jeder Staat ist frei in der Wahl seiner Mittel zur Erreichung des in der Richtlinie angegebenen Ziels. Aus seiner innerstaatlichen Rechtsordnung ergibt sich, ob ein Gesetz notwendig oder ob eine innerstaatliche Rechtsverordnung ausreichend ist. Unter Umständen kann sogar schon eine Verwaltungsvorschrift genügen. Dies aber wohl nur dann, wenn ein den Einzelnen begünstigendes Ziel zu erreichen ist oder wenn eine bestehende Rechtsnorm ein Ermessen einräumt, innerhalb dessen Grenzen sich durch die Verwaltungsvorschrift eine Neuorientierung im Sinne der Richtlinie herbeiführen läßt.

Erfüllt ein Staat eine Richtlinie nicht oder gibt er den nationalen Ausführungsnormen einen richtlinienwidrigen Sinn oder hebt er sie nachträglich auf, so handelt er vertragswidrig und kann über den Europäischen Gerichtshof (mit Sitz in Luxemburg) zur Vertragserfüllung gezwungen werden.<sup>139)</sup>

Am 26.7.1969 trat das Bundesgesetz über Einreise und Aufenthalt von Staatsangehörigen der Mitgliedstaaten der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft (AufenthG/EWG) vom 22.7.1969 (BGBl. I S. 927) in Kraft. Durch dieses Gesetz kam der Bundesgesetzgeber den Verpflichtungen und Zielen aus den Richtlinien



64/220 EWG v. 25.2.1964

64/221 EWG v. 25.2.1964

68/360 EWG v. 15.10.1968

nach (vgl. amtliche Begründung, BT-Drucksache BT V/4125, abgedruckt bei Kloesel-Christ, Komm., B. 4.6.).

Ein anderer Problemkreis betrifft die Frage nach dem Verhältnis zwischen in innerdeutsches Recht transformiertem vertraglichen Völkerrecht und nachfolgenden, widersprechenden innerstaatlichen Gesetzen. Grundsätzlich muß davon ausgegangen werden, daß das durch einfaches staatliches Gesetz transformierte vertragliche Recht keine höhere innerstaatliche Rechtsnormqualität haben kann, als das transformierende einfache Gesetz selbst. Das bedeutet, daß die umgewandelten vertraglichen Völkerrechtsnormen keine erhöhte Bestandskraft im Sinne des Art. 25 GG besitzen, sondern daß für sie der Satz "lex posterior derogat legi priori" gilt: Dem Gesetzgeber bleibt also die Verfügungsmacht über den Bestand der Rechtsnormen als innerstaatliches Recht auch in den Fällen einer vertraglichen Bindung erhalten.<sup>140)</sup>

Ein Konflikt zwischen in innerstaatliches Recht transformiertem vertraglichen Völkerrecht und speziell dem Ausländergesetz begegnet der deutsche Gesetzgeber von vorneherein dadurch, daß er in der Generalklausel des § 55 Abs. 3 AuslG abweichende, für den Ausländer günstigere Bestimmungen in völkerrechtlichen Verträgen unberührt läßt. Es ist damit ausgesprochen, daß ein transformierendes Zustimmungsgesetz in jedem Fall lex specialis gegenüber dem Ausländergesetz sein soll und auch spätere Gesetzesänderung keinen Einfluß auf günstigere Vertragsinhalte haben sollen.<sup>141)</sup>

Anders ist jedoch nach h.M. die Rechtslage, wenn nationales Recht entsteht, welches sich im Widerspruch zu schon erlassenen europäischen Gemeinschaftsrecht befindet:  
Zum Unterschied zu gewöhnlichen internationalen Verträgen

wurde mit dem EWG-Vertrag eine Rechtsordnung eigener Art geschaffen. Den Mitgliedstaaten der Gemeinschaft kann es in Hinblick auf ihre Verpflichtung, alles zu tun, um den Vertrag und die Handlungen der Organe der Gemeinschaft durchzusetzen und sich jeder Verletzung seiner Normen zu enthalten, nicht gestattet sein, gegen die gemeinsame Rechtsordnung einseitige Maßnahmen zu ergreifen. Der Gemeinschaft sind durch die Staaten hoheitliche Befugnisse übertragen worden. Die verfassungsrechtliche Legitimation ergibt sich für die Bundesrepublik aus Art. 24 Abs. 1 GG. Durch diese Übertragung ist die staatliche Souveränität, wenn auch auf begrenztem Gebiet, definitiv und endgültig eingeschränkt worden. Den Staaten ist es daher nicht möglich, die gemeinschaftliche Rechtsordnung durch einseitige Akte zu durchbrechen. Art. 189 Abs. 2 EWG-Vertrag würde seine Bedeutung verlieren, wenn man es für möglich hielte, daß die Mitgliedstaaten durch nationale Gesetzgebungsakte einseitig die Rechtswirksamkeit der VO beseitigen könnten. Der Satz "lex posterior derogat legi priori" kann hier nicht gelten, da gerade der Ausschluß von nationaler Rechtsungleichheit eine Hauptaufgabe der europäischen Gemeinschaft darstellt.<sup>142)</sup> Nach der Rechtssprechung des Bundesverfassungsgerichts gehen jedoch zwingende Normen des Grundgesetzes dem Gemeinschaftsrecht vor.<sup>143)</sup>

## C. Staatsrecht

### I. Allgemeine Regeln des Völkerrechts als innerstaatliches Recht (Art. 25 GG)

Die allgemeinen Regeln des Völkerrechts werden durch Art. 25 GG zwar in (auch) innerstaatliches Recht mit Vorrang vor einfachem Gesetzesrecht verwandelt. Wie bereits dargestellt, enthalten sie aber keine Regel des Inhalts, daß ein Staat zur Aufnahme von Ausländern verpflichtet wäre, so daß auf das Problem, ob einer solchen etwaigen Regel Grundrechtscharakter zukommen würde, nicht eingegangen zu werden braucht.

### II. Grundrechtsschutz

#### 1. Kein allgemeines Grundrecht auf Einreise und Aufenthalt

Die bloße Tatsache, daß das Grundgesetz auch Ausländern Grundrechte gewährt, zwingt für sich allein noch nicht, das Vorhandensein eines gewissermaßen den sonstigen Grundrechten vorgelagerten Grundrechts auf Einreise zum Zwecke der Ausübung dieser Grundrechte in der Bundesrepublik Deutschland anzunehmen.

I s e n s e e hat diesbezüglich als Mitberichterstatter auf der Staatsrechtslehrertagung 1973 in Mannheim zum Thema "Die staatsrechtliche Stellung der Ausländer in der Bundesrepublik Deutschland" u.a. folgende Leitsätze aufgestellt:<sup>144)</sup>

- "3.) Für den Ausländer ist der Aufenthalt im Bundesgebiet die Entstehungsvoraussetzung eines umfassenden verfassungsrechtlichen (insbesondere grundrechtlichen) Status. Die Entstehungsvoraussetzung ist ihrerseits nicht grundrechtlich gesichert.
- 4a) Das Grundgesetz erkennt außerhalb des Asylrechts dem Ausländer im Unterschied zum Deutschen kein Grundrecht auf Einreise in das Bundesgebiet zu. Der gebietsfremde Ausländer steht außerhalb des grundrechtlichen Schutzbereiches. Grundrechtsreflexe sind möglich.
- b) Die Begründung eines grundrechtlichen Status des Ausländers ist nicht Zweck, sondern Folge der Zulassung seines Aufenthalts. Der Grundrechtstatus ist das Werk grundrechtsfreier Selbstbindung des Staates.
- 5.) Die Selbstbindung durch Gebietszulassung muß dem Ausländer ein Minimum aufenthaltsrechtlicher Statussicherheit durch rechtsstaatliche Begrenzung der Ausweisungsmöglichkeit verschaffen. Die Selbstbindung hebt aber nicht das Recht des Staates auf, den Aufenthalt zeitlich zu begrenzen. Die Verfassung vermittelt keinen Anspruch auf unbegrenzten Aufenthalt oder Einbürgerung."

Ähnlich vertritt S c h i e d e r m a i r <sup>145)</sup> die Auffassung, daß der Ausländer nach dem System des Grundgesetzes an den Grundrechten teilnimmt, "aber unter der Voraussetzung, daß die Bundesrepublik Deutschland dem Ausländer die Wohltat des Aufenthalts im räumlichen Geltungsbereich des GG, das die Grundrechte normiert, erweist. Sonst würde Art. 16 Abs.2 GG, der dem Ausländer das Aufenthaltsrecht versagt, außer Wirksamkeit gesetzt."

Man geht dabei offenbar von der Vorstellung aus, daß die Menschenrechte im Sinne der Grundrechts-Subjektivität für die Ausländer erst durch deren Zulassung auf dem Gebiet der Bundesrepublik Deutschland ihre Aktualisierung erfahren. Die Grundrechte sollen gewissermaßen unter der aufschiebenden Bedingung der Gestattung des Aufenthalts gewährt sein.

Gegen diese Auffassung einer strengen Abhängigkeit des Grundrechtsstatus von der vorherigen, durch keinerlei Grundrecht abgesicherten Gebietszulassung müssen jedoch Bedenken angemeldet werden.

Zwar wird man, wie eingangs bereits ausgeführt, aus der Tatsache, daß das Grundgesetz auch Ausländern Grundrechte einräumt, für sich alleine nicht allgemein auf ein die Ausübung dieser Rechte in der Bundesrepublik Deutschland vermittelndes Einreisegrundrecht schließen können. Es widerspricht durchaus nicht den Denkgesetzen, wenn das Grundgesetz die Gewährung subjektiver öffentlicher Rechte von dem Vorliegen eines Tatbestandes abhängig macht, auf dessen Herbeiführung selbst kein subjektives öffentliches Recht besteht, falls nur hinsichtlich der Entscheidung über die Einräumung dieser tatbestandlichen Voraussetzung auch andere Gesichtspunkte als etwa nur die Folge einer eventuellen Entstehung eines Grundrechtsschutzes berücksichtigt werden dürfen. Daß dies aber zulässig ist, wird von niemandem bestritten.

Dennoch wird man nicht umhin können, Einschränkungen zu machen:

Einmal muß darauf hingewiesen werden, daß einem Ausländer in seinem Heimatstaat möglicherweise die Verwirklichung der ihm durch das Grundgesetz zuerkannten Grundrechte nicht gestattet wird. In diesem Fall entsteht das Problem, ob ihm dann diese Grundrechte wenigstens in der Bundesrepublik Deutschland gewährt werden müssen und ihm zu diesem Zweck die Einreise und der Aufenthalt zu gestatten ist. Es liegt nahe, diese Frage wenigstens für den Fall zu bejahen, daß echte Menschenrechte im Sinne der Grundrechtsqualität und nicht nur staatsgesetzliche Grundrechte<sup>146)</sup> betroffen sind. Der Grundgesetzgeber hat im übrigen selbst diesen Fall be-

dacht und ihn dadurch gelöst, daß er politisch Verfolgten Asylrecht gewährt (Art.16 Abs.2 S. 2 GG) und ihnen damit ein Grundrecht auf Einreise und Aufenthalt in der Bundesrepublik Deutschland verleiht (siehe C.II.2.).

Aber auch über diesen Sonderfall hinaus wird zu fragen sein, ob die Einräumung des grundrechtlichen Status, also die Grundrechtsbindung des Staates gegenüber dem Ausländer, tatsächlich so starr an die angeblich sonst nicht grundrechtlich geschützte Gebietszulassung geknüpft ist.

Zwar wird man diese angebliche "aufschiebende Wirkung" der Gebietszulassung nicht mit der Behauptung leugnen können, daß die Ausländer die ihnen durch die Verfassung eingeräumten Grundrechte auch dann genießen, wenn sie sich nicht im Inland aufhalten und nur ihre Ausübung an die (angeblich grundrechtlich nicht geschützte) Gebietszulassung geknüpft sei<sup>147)</sup>. Man müßte eine solche Konstruktion mit I s e n s e e<sup>148)</sup> wohl zu Recht als eine "dogmatische Finesse" bezeichnen, welche wohl nicht imstande wäre, seine Behauptung der Erlangung des Grundrechtsstatus erst durch die Gebietszulassung zu erschüttern.

Jedoch wird man I s e n s e e s These der Abhängigkeit der Erlangung des Grundrechtsstatus von der vorherigen, nicht grundrechtlich geschützten Gebietszulassung ganz allgemein als zu weitgehend bezeichnen müssen:<sup>149)</sup> einmal gibt es Grundrechte, die Ausländern mit Sicherheit auch dann zugute kommen, wenn sie sich im Ausland aufhalten; man denke z.B. an Ehe und Kindschaft (Art.6 GG) und an Grundstückseigentum in der Bundesrepublik Deutschland (Art. 14 GG). Es wäre nicht zutreffend, hier nur von Grundrechtsreflexen zu sprechen.



I s e n s e e kann aber auch insofern nicht gefolgt werden, als er sämtlichen den Ausländern gewährten Grundrechten ohne irgendeinen Unterschied (mit Ausnahme lediglich des Grundrechts auf Asyl, Art. 16 Abs. 2 S. 2 GG ) jeglichen rechtlich relevanten Einfluß auf die Entscheidung über die Gebietszulassung und den Aufenthalt abspricht. Es muß vielmehr jedes einzelne Grundrecht, welches die Verfassung auch den Ausländern einräumt, daraufhin untersucht werden, ob mit der Gewährung der konkreten Einzelfreiheit bzw. eines Anspruchs auf eine Leistung des Staates gleichzeitig auch das Recht auf Wahrnehmung dieses subjektiven öffentlichen Rechts gerade auch auf dem Boden der Bundesrepublik Deutschland und damit das Recht auf Einreise verbunden sein soll. Diese Möglichkeit kann auch nicht mit einem Gegenschluß aus Art. 16 Abs. 2 S.2 GG negiert werden<sup>150)</sup>, da der Beweis dafür, daß nur dieser Verfassungsartikel ein Grundrecht auf Einreise und Aufenthalt statuiert, eben erst geführt werden müßte.

Nachfolgend S.168ff.wird gezeigt werden, daß sich z.B. aus dem Grundrecht auf Schutz von Ehe und Familie (Art.6 Abs.1 GG) u.U. ein Recht auf Einreise und Aufenthalt ableiten läßt.

## 2. Das Asylrecht (Art. 16 Abs.2 S.2 GG)

### a) Auffangfunktion gegenüber Art. 11 GG

Art.11 GG gewährt das Grundrecht auf Freizügigkeit im ganzen Bundesgebiet seinem Wortlaut nach nur den Deutschen.

Die ganz h.M.<sup>151)</sup> ist auch nicht für den Fall einer Extremsituation bereit, den Kreis der Grundrechtshaber entgegen dem ausdrücklichen Wortlaut des Art. 11 GG auch auf Ausländer auszudehnen. v. M a n g o l d t <sup>152)</sup> vertritt sogar die Auffassung, daß eigentlich bereits die Fassung "alle Deutschen" zu weit ginge, da damit "Zusicherungen gegeben würden, "die sich schlechterdings nicht erfüllen lassen". Wenn andererseits N a w i a s k y <sup>153)</sup> diese Fassung als zu eng bedauert, "weil dadurch der Gedanke des vereinten Europas und der Einheit der Kulturwelt verleugnet wird", so respektiert er damit doch zugleich die bestehende Rechtslage der Beschränkung des Grundrechts aus Art. 11 GG auf Deutsche.

D ü r i g <sup>154)</sup> vertritt dagegen unter Loslösung von dem Wortlaut des Art. 11 GG die Auffassung, daß in bestimmten Ausnahmefällen auch Ausländer Träger des durch diese Verfassungsnorm gewährten Freizügigkeitsgrundrechts sind.

"Angesichts der Ausgangsentscheidung des Grundgesetzes für unverletzliche und unveräußerliche Menschenrechte" und der "jedem Menschen zuerkannten obersten Rechtswerte der personalen Würde (Art.1 Abs.1) und der personalen Freiheit zur Selbstgestaltung (Persönlichkeitsentfaltung)" müsse man danach fragen, "welche Lebensvorgänge, die sich unter Art.11 als Grundrecht des ziehenden Menschen subsumieren lassen, diese obersten Werte gefährden. Soweit, aber auch nur soweit, Lebensvorgänge, die den ziehenden Menschen betreffen, solche in der Elementarentscheidung anerkannten obersten Werte gefährden, muß das Freizügigkeitsrecht ohne Rücksicht, wer positiv-rechtlich in ihm als Begünstigter angegeben ist, jeden ziehenden Menschen schützen, d.h. ihm freien Zu- und Abzug gewähren."

Die drei Gründe, welche ohne Rücksicht auf das Formalerfordernis, "Deutscher im Sinne des Grundgesetzes" zu sein, für alle Menschen Freizügigkeit (vor allem für

die Einreise) eröffnen, sind nach D ü r i g <sup>143)</sup>:

- a) die Flucht des Menschen, weil er am bisherigen Ort seinem Gott nicht dienen durfte, wie er wollte;
- b) die Flucht des Menschen, weil seine Freiheit aus Gründen bedroht ist, die sich im sittlichen Bewußtsein nicht als "crimen" darstellen;
- c) die Flucht des Menschen vor Vernichtung seines menschenwürdigen Existenzminimums aus Gründen, die "fremdgezielt" sind, die er also als normaler "homo oeconomicus" im Rechtsstaat niemals zu gewärtigen hätte.

D ü r i g kommt zu dem Schluß, daß "jedes Zuzugsverbot für Menschen, das bei Vorliegen der genannten Gründe nach Staatsangehörigkeit fragt oder diese Gründe überhaupt nicht zur Kenntnis nimmt,..... den Wesensgehalt des Art. 11 verletzen und gegen Art.19 Abs.2 GG verstoßen würde.

Es ist D ü r i g zwar darin zuzustimmen, daß das Grundgesetz Ausländern in den dargestellten Ausnahmesituationen ein Grundrecht auf Einreise und Aufenthalt verleiht. Doch erscheint es zweifelhaft, ob dieses Grundrecht dem Art. 11 GG entnommen werden kann.

M e r t e n <sup>155)</sup> hält der Argumentation Dürigs folgendes entgegen:

Es sei bedenklich, aus der "Schrankschranke" der Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 Abs. 2 GG, die einen Grundrechtskern absichern will, zu einer Erweiterung des Kreises der Grundrechtsträger kommen zu wollen. Weiterhin sei die Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 GG) zwar Auslegungsmaßstab auch für die Grundrechtsbestimmungen, sie könne jedoch nicht dazu dienen, Bürgerrechte in Menschenrechte

zu verwandeln, weil das Grundgesetz durch die Beschränkung auf Deutsche gerade keine Konsequenzen aus Art. 1 Abs. 1 GG gezogen habe.

Diese Gegenargumentation M e r t e n s läßt jedoch außer acht, daß es für den Fall des Vorhandenseins eines Menschenrechtskerns des Grundrechts aus Art. 11 GG dem Grundgesetzgeber angesichts des in Art. 1 Abs. 2 GG niedergelegten Bekenntnisses zu den "unverletzlichen und unveräußerlichen Menschenrechten als Grundlage jeder menschlichen Gemeinschaft" wohl nicht möglich gewesen wäre, durch die Ausgestaltung des Art. 11 GG als Bürgergrundrecht über einen solchen Kernbereich negativ zu verfügen.<sup>156)</sup>

Hält man es grundsätzlich für möglich, daß die von dem Bürgergrundrecht, also auch von Art. 11 GG, jeweils erfaßten Sachbereiche einen Menschenrechtskern aufweisen, so wäre es denkbar, den Anwendungsbereich dieser Grundrechte hinsichtlich der in ihnen normierten Grundrechtsträgerschaft über ihren Wortlaut hinaus auch auf Ausländer auszudehnen, soweit der Kernbereich betroffen ist. Ein solches Vorgehen würde die vom Grundgesetzgeber unbezweifelbar gewollte Unterscheidung zwischen Deutschen-Rechten und Jedermann-Rechten nur zum Teil beseitigen, da in dem weiten Bereich, der über den Schutzbereich der Menschenwürde hinaus geht, sich weiterhin nur die Deutschen auf das Grundrecht berufen könnten.<sup>157)</sup>

Nun kann zwar tatsächlich davon ausgegangen werden, daß in Sachbereichen, welche nach dem Wortlaut des Grundgesetzes nur für Deutsche grundrechtlich abgesichert sind, Fallgestaltungen auftreten können, welche die Menschenrechte berühren.<sup>158)</sup> Insbesondere in Hinblick auf den Sachbereich des Art. 11 GG kann kaum bezweifelt werden, daß es sich bei den von D ü r i g<sup>154)</sup> angegebenen drei

Fällen um Sachverhalte handelt, welche den Kern der menschlichen Existenz treffen.

Es muß aber die Frage gestellt werden, ob das Vorhandensein eines solchen Menschenrechtskerns tatsächlich zu der Schlußfolgerung D ü r i g s <sup>154)</sup> zwingt, daß in den genannten Fällen die in Art. 11 GG normierte Beschränkung der Grundrechtsträgerschaft auf Deutsche keine Beachtung finden darf, so daß auch Ausländer sich auf Art. 11 GG berufen können. Diese Frage ist (entgegen D ü r i g ) zu verneinen.

Einmal fällt es schon außerordentlich schwer, ein völliges Hinwegsetzen über den ausdrücklichen und eindeutigen Wortlaut des Art. 11 ("Alle Deutschen") gutzuheißen.<sup>159)</sup>

Zumindest aber erweist sich die "Aufschließung" des Art. 11 GG zugunsten auch der Ausländer wenigstens für die von D ü r i g genannten Fallgestaltungen als entbehrlich, da das Grundgesetz Ausländer in solchen Situationen nicht im Stiche läßt, sondern durch Gewährung des Grundrechts auf Asyl (Art. 16 Abs. 2 S. 2 GG) deren Menschenrechte und -würde ausreichend absichert. Nicht die Freizügigkeit, sondern das Asylrecht war von jeher das Rechtsinstitut zur Aufnahme von im Ausland menschenunwürdig behandelten Ausländern.<sup>160)</sup> Da der Begriff des "politisch Verfolgten" im Sinne des Art. 16 Abs. 2 S. 2 GG nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichts und der Literatur weit auszulegen ist,<sup>161)</sup> bereitet es keine Schwierigkeit, die oben genannten Sachverhalte unter den Tatbestand dieser Verfassungsnorm zu subsumieren. Das Asylrecht des Art. 16 Abs. 2 S. 2 GG gewährt, entgegen der Ansicht D ü r i g s,<sup>162)</sup> auch ein Grundrecht auf Einreise in das Bundesgebiet.<sup>163)</sup> Das Rechtsinstitut des Asylrechts wird nachfolgend (unter b) und im Rahmen der Behandlung der Ausweisung ausführlich dargestellt.

Der Umstand, daß der Grundgesetzgeber mit Art.16 Abs.2 S. 2 GG auf dem Sachgebiet der Aufenthaltnahme von Ausländern in der Bundesrepublik Deutschland eine Spezialregelung für Fälle stattfindender oder bevorstehender Menschenrechtsverletzungen im Ausland getroffen hat, vermag demnach die Auffassung D ü r i g s vom Bestehen eines Menschenrechtskerns der Freizügigkeit nicht zu erschüttern, sondern scheint sie sogar zu bestätigen. Da jedoch der Grundgesetzgeber in Art.16 Abs.2 S. 2 GG das Rechtsinstitut des Grundrechts auf Asyl eingerichtet hat, erscheint es für diese Fälle aus diesem mehr formalen Grunde nicht erforderlich, näher zu prüfen, ob der Kreis der Träger des Freizügigkeitsgrundrechts nach Art. 11 GG über Art.1 Abs.1 u. 2 GG in Verbindung mit Art.19 Abs.2 GG auch auf Ausländer auszudehnen ist.<sup>164)</sup> Allerdings ergibt sich hieraus noch keine Lösung für den Menschenrechtskern der anderen Deutschen-Grundrechte.

#### b. Einreise und Aufenthalt von politisch Verfolgten

Politisch verfolgten Ausländern ist in der Bundesrepublik Deutschland eine besondere aufenthaltsrechtliche Stellung eingeräumt. Zwar bedürfen sie, ebenso wie Ausländer mit Normalstatus, nach dem Ausländergesetz einer Aufenthaltserlaubnis (AE), vgl. §§ 2 Abs. 1 S. 2, 5 AuslG. Jedoch räumt ihnen § 43 AuslG. einen Rechtsanspruch auf deren Erteilung ein.<sup>165)</sup>

Zur Klärung der Frage, ob die Normen des AuslG in Bezug auf das Asylrecht mit vorrangigen Rechtsnormen in Einklang stehen, muß auf das Rechtsinstitut des Asyls näher eingegangen werden.



Mit dem Asylrecht befassen sich

- 1) das allgemeine Völkerrecht
- 2) das Völkervertragsrecht und
- 3) das innerstaatliche Verfassungs- und sonstige Gesetzesrecht

Allen drei Rechtsquellen ist allerdings eigen, daß sie sich, zumindest was die Voraussetzungen, z.T. aber auch was die inhaltliche Ausgestaltung des Asylrechts anlangt, in der Regel nur auf Grundaussagen beschränken. Dieser Mangel einer Konkretisierung des Asylrechts wirft zwangsläufig eine Fülle der verschiedenartigsten Rechtsprobleme auf. Sowohl die Rechtsprechung als auch die Literatur haben sich in einer Vielzahl von Entscheidungen bzw. Veröffentlichungen darum bemüht, sowohl der Tatbestandsseite als auch der Rechtsfolgeseite des Asylrechts schärfere Konturen zu verleihen (vgl. die Literaturangaben bei Maunz-Dürig-Herzog zu Art. 16 GG). Es würde den Rahmen dieser Arbeit sprengen, wollte sie sich mit allen Detailfragen hinsichtlich der Auslegung des Begriffes des politisch Verfolgten auseinandersetzen. Näher nachgegangen wird aber, allerdings erst im Zusammenhang mit der Behandlung der Ausweisung, dem Problem der immanenten Schranken des Asylrechts (s. u. vierter Abschnitt). Hier an dieser Stelle werden im Zusammenhang mit der Behandlung des Aufenthaltsrechts aber bereits die Grundzüge des Asylrechts nach den drei verschiedenen Rechtsquellen und ihr Zusammenspiel dargestellt.

#### aa) Allgemeine Regeln des Völkerrechts

Unter dem Begriff "Asyl" versteht man in der heutigen Rechtssprache des Völkerrechts im Gegensatz zum Sprachgebrauch des täglichen Lebens nicht mehr den Ort, der einem

Flüchtenden Schutz vor Verfolgung bietet, sondern den Schutz, der einer Person gewährt wird, die auf der Flucht vor Verfolgern einen Raum erreicht, zu dem die Verfolger keinen unmittelbaren Zugriff haben.<sup>166)</sup>

Das Völkerrecht unterscheidet nach dem Ort der Schutzgewährung zwei verschiedene Formen des Asyls: das interne und das externe Asyl. Unter internem Asyl versteht man den Schutz, der einer Person auf dem Gebiet des Verfolgerstaates an bestimmten Orten gewährt wird, beispielsweise auf einem Kriegsschiff, in einem Konsulat oder in der diplomatischen Mission eines anderen Staates. Im letzteren Falle wird von diplomatischem Asyl gesprochen. Dieses Asyl, welches früher lange Zeit von den fremden Gesandtschaften in Anspruch genommen und sogar auf das gesamte Stadtviertel, in dem diese gelegen waren, ausgedehnt wurde, wird heute im allgemeinen Völkerrecht nicht mehr anerkannt; denn es ist gerade ein Kennzeichen der Souveränität, daß der Staat prinzipiell unbeschränkte Gewalt über die auf seinem Boden befindlichen Personen und Sachen besitzt. Die Staatenpraxis erkennt nur noch die sog. vorübergehende Zuflucht an. Hierunter wird der Schutz verstanden, der Personen gewährt wird, wenn und solange für sie eine Gefahr für Leib und Leben durch Aufruhr, Regimewechsel und dergleichen besteht. Der Flüchtling selbst hat aber kein Recht darauf, daß ihm eine Botschaft "vorübergehende Zuflucht" gewährt. Wird sie ihm gewährt, so muß der Diplomat nach Ablauf dieser konkreten Gefährdung dem Verlangen des Gastlandes auf Herausgabe des Aufgenommenen nachkommen. Weigert er sich, so sind sogar Gewaltmaßnahmen nicht ausgeschlossen, solange sie sich nicht gegen den Diplomaten selbst richten.<sup>167)</sup>

Durch multi- oder bilaterales Völkervertragsrecht kann jedoch die Zulässigkeit der Gewährung internen Asyls über die "vorübergehende Zuflucht" hinaus vereinbart werden.

Solche Verträge sind vor allem in Südamerika nachweisbar, so z.B. die Konvention von Montevideo aus dem Jahr 1933, welche von zwölf Staaten Südamerikas ratifiziert worden ist.<sup>168)</sup>

Die Staatenpraxis hat sich jedoch, was die Häufigkeit der Inanspruchnahme von Asyl anlangt, vor allem mit dem "externen Asyl"<sup>169)</sup> zu befassen. Man versteht hierunter den Schutz, der einer von außerhalb der Landesgrenzen kommenden Person zuteil wird; der Flüchtling überquert die Grenze des Staates, in dem er verfolgt wird und begibt sich auf das Staatsgebiet des Asyllandes. Das gesamte Staatsgebiet bildet den Zufluchtsort.<sup>170)</sup>

Den Begriff "Asylrecht" kann man einmal als den Inbegriff aller Normen definieren, die das Asyl betreffen.

Darüberhinaus ist es aber denkbar, diesen Begriff noch im Sinne von Berechtigung zu verstehen. Zwei Möglichkeiten bieten sich diesbezüglich an: einmal könnte mit dem Begriff "Asylrecht" das Recht des Zufluchtstaates gemeint sein, dem Verfolgerstaat ein Hindernis der Verfolgung entgegenzusetzen und damit der fliehenden Person Schutz vor Verfolgung zu gewähren. Zum anderen ist es vorstellbar, dem Begriff "Asylrecht" die Bedeutung eines Rechtes der fliehenden Person gegenüber dem Zufluchtsstaat auf Schutz vor Verfolgung zuzumessen.

Das allgemeine Völkerrecht räumt nach Auffassung der ganz überwiegenden Völkerrechtslehre im Hinblick auf das staatliche Souveränitätsrecht jedem Staat gegenüber jedem anderen Staat das Recht ein, allen von einem anderen Staat verfolgten Fremden, gleich ob es sich um politische Flüchtlinge oder um gemeine Verbrecher handelt, Schutz und Zuflucht auf seinem Territorium zu gewähren, ohne daß der Verfolgerstaat hiergegen Beschwerde führen und die Auslieferung verlangen könnte. Eine Auslieferungspflicht kann nur durch Verträge begründet werden.

Auf der anderen Seite ist keine Norm des allgemeinen Völkerrechts feststellbar, die einen Staat zur Gewährung von Schutz und Zuflucht - und sei es auch aus humanitären Gründen - verpflichten würde. Insbesondere steht dem einzelnen Flüchtling im Rahmen des allgemeinen Völkerrechts kein subjektives öffentliches Recht auf Asylgewährung gegen den in Aussicht genommenen Zufluchtstaat zu.<sup>173)</sup> Eine gegenteilige allgemeine Regel des Völkerrechts, die den Staat verpflichten würde, Asyl zu gewähren, läßt sich auch nicht der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte der Vereinten Nationen vom 10.12.1948 entnehmen. Zwar bestimmt Art. 14 dieser Erklärung u.a.:

"Jeder Mensch hat das Recht, in anderen Ländern vor Verfolgung Asyl zu suchen und zu genießen."

Die Wendung, "Asyl zu genießen" scheint auf den ersten Blick auf ein Recht des einzelnen Verfolgten auf Asylgewährung hinzuweisen. Eine solche Betrachtungsweise verbietet sich aber bei näherem Studium der Entstehungsgeschichte der UN-Deklaration.<sup>174)</sup> Dabei wird nämlich offenbar, daß mit dem Ausdruck "Asyl zu genießen" lediglich verdeutlicht werden sollte, daß das Asyl, sollte es ein Staat einem Flüchtling von sich aus gewährt haben, von allen anderen Staaten zu respektieren ist. Somit enthält Art. 14 der Deklaration lediglich die Wiederholung einer ohnehin bestehenden Völkerrechtsregel.<sup>175)</sup> Abgesehen davon kommt der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte der Vereinten Nationen v. 10.12.1948 bis heute keine bindende rechtliche Wirkung zu.<sup>176)</sup>

Die Staaten sind also nach allgemeinem Völkerrecht nach wie vor sowohl zur Gewährung als auch zur Verweigerung von Schutz und Zuflucht befugt. Diese Rechtslage erleidet auch

keine Ausnahme in Bezug auf politisch Verfolgte. Es besteht nach allgemeinem Völkerrecht mit Sicherheit keine Pflicht der Staaten, politische Flüchtlinge auszuliefern.<sup>177)</sup> Es kann aber umgekehrt auch (noch) nicht von einem allgemeinen völkerrechtlichen Prinzip der Nichtauslieferung politischer Flüchtlinge gesprochen werden, wenn darunter eine Pflicht zur Asylgewährung verstanden werden sollte.<sup>178)</sup> Aus der Tatsache allein, daß in völkerrechtlichen Verträgen sehr oft die Nichtauslieferung politischer Täter vereinbart ist, kann noch nicht auf eine völkergewohnheitsrechtliche Pflicht zur Asylgewährung geschlossen werden.<sup>179)</sup> Allenfalls hält man es für möglich, daß das allgemeine Völkerrecht die Verweigerung des Asyls dann verbieten könnte, wenn dem Auszuliefernden im Empfangsstaat ernsthaft eine gegen die Menschenrechte verstoßende Behandlung droht.<sup>180)</sup>

#### bb) Partikulares Völkerrecht

Durch den Abschluß völkerrechtlicher Verträge können sich die Staaten aber selbst Beschränkungen des ihnen nach allgemeinem Völkerrecht zustehenden Ermessens in der Frage der Asylgewährung auferlegen. Dabei sind zwei Möglichkeiten denkbar:

- a) Der Staat soll nicht mehr berechtigt sein, allen in sein Staatsgebiet geflüchteten Personen Asyl gewähren zu dürfen oder
- b) er soll sogar verpflichtet sein, bestimmten Flüchtlingen Schutz und Zuflucht einzuräumen.

Was die erstere Möglichkeit betrifft, so wird von ihr besonders durch den Abschluß von Auslieferungsverträgen<sup>181)</sup> Gebrauch gemacht. Während sonst ein Staat einen Flücht-



ling nicht auszuliefern braucht, gleichgültig ob es sich um einen politischen Flüchtling oder um einen gemeinen Verbrecher handelt,<sup>182)</sup> so sind bei Bestehen eines Auslieferungsvertrages die Vertragspartner entsprechend seinen Bestimmungen zur Auslieferung verpflichtet. Allerdings muß eine Vertragsbestimmung, welche die Auslieferung eines Ausländers an einen Staat gebietet, welcher die Menschenwürde mißachtet, wegen Verstoßes gegen die oben aufgezeigte allgemeine Völkerrechtsregel unbeachtet bleiben.<sup>183)</sup>

In Auslieferungsverträgen sind entweder die einzelnen Straftatbestände aufgezählt, bei deren Vorliegen ausgeliefert werden muß oder es wird (besonders in neueren Verträgen) auf die gesetzlich angedrohte oder verhängte Strafe Bezug genommen.

Allerdings ist in den meisten Auslieferungsverträgen ausdrücklich vereinbart, daß politische Flüchtlinge nicht ausgeliefert zu werden brauchen.<sup>184)</sup> Aber auch dann, wenn sich ein Auslieferungsvertrag diesbezüglich ausschweigen sollte, wird ein Ausländer, der ein politisches Delikt, wie z.B. Hoch- oder Landesverrat begangen hat oder der sonst aus politischen Gründen verfolgt wird, von der vertraglichen Auslieferungspflicht grundsätzlich nicht erfaßt, da laut Vertrag nur ganz bestimmte Straftatbestände eine Auslieferungspflicht auszulösen vermögen, ein Schweigen hinsichtlich politischer Vergehen deshalb nur dahin ausgelegt werden kann, daß eben diesbezüglich eine Auslieferungspflicht nicht bestehen soll. Anderes könnte nur dann gelten, wenn dem Vertrag der eindeutige Wille der Vertragspartner zu entnehmen ist, daß auch politische Täter auszuliefern sind, was nach allgemeinem Völkerrecht wie oben aufgezeigt, zulässig wäre.



Schwierigkeiten ergeben sich aber in jedem Falle dann, wenn ein Ausländer zwar ein gemeines Verbrechen oder Vergehen begangen, hierbei aber mit politischer Motivation oder Zielrichtung gehandelt hat oder wenn er den Tatbestand eines gemeinen Deliktes in Tateinheit mit einem politischen Deliktverwirklicht hat (gemischtes Verbrechen, crime complexe). Hierbei bestehen im einzelnen erhebliche Meinungsverschiedenheiten, nach welchen Gesichtspunkten zu entscheiden ist, ob ein gemeines Verbrechen oder ein schutzwürdiges politisches Delikt vorliegt.<sup>185)</sup> Diese Schwierigkeiten fallen aber doch wieder nicht entscheidend ins Gewicht, da in Grenzfällen letztlich der Zufluchtsstaat darüber zu befinden hat, ob ein politisches Vergehen vorliegt und deshalb nicht ausgeliefert zu werden braucht.<sup>186)</sup>

Der Zufluchtsstaat kann aber nach dem Völkerrecht einen politischen Flüchtling, auch wenn im Vertrag ausdrücklich vereinbart ist, daß ein solcher nicht ausgeliefert zu werden braucht, dennoch an den Verfolgerstaat ausliefern, ohne daß ihm der Vorwurf einer Völkerrechtsverletzung gemacht werden könnte (von dem oben erwähnten Ausnahmefall einer im Verfolgerstaat zu erwartenden Menschenrechtsverletzung abgesehen). Denn von der nach allgemeinem Völkerrecht bestehenden Freiheit der Staaten, Asyl zu gewähren oder zu verweigern, hat sich der Zufluchtsstaat durch den Abschluß des Auslieferungsvertrages nur des Rechts begeben, gemeinen Verbrechern Asyl zu gewähren. Hinsichtlich aller übrigen Flüchtlinge ist der Ermessensspielraum des Zufluchtsstaates in der Frage der Gewährung oder Verweigerung des Asyls aber erhalten geblieben, so daß, gleich wie sich der Aufenthaltsstaat entscheiden mag, dem Vertragspartner gegenüber eine Vertragsverletzung nicht denkbar ist. Der Zufluchtsstaat würde sich bei einer Verweigerung des Asyls aber auch gegenüber dem betroffenen

Flüchtling selbst einer Völkerrechtsverletzung schon deshalb nicht schuldig machen, da aus einem völkerrechtlichen Vertrag in aller Regel nur Rechte und Pflichten für die beteiligten Staaten, nicht aber für das betroffene Individuum erwachsen.<sup>187)</sup>

Wie schon erwähnt, wäre es aber auch denkbar, daß sich Staaten durch den Abschluß eines völkerrechtlichen Vertrages untereinander verpflichten, einem näher fixierten Kreis von Fremden Asyl zu gewähren. Diesbezüglich scheint auf den ersten Blick insbesondere das Abkommen über die Rechtsstellung der Flüchtlinge - Genfer Konvention (GK) - vom 28.7.1951 in Betracht zu kommen, dem auch die Bundesrepublik Deutschland beigetreten ist.

Bei näherem Zusehen jedoch begründet die GK für die Vertragspartner keine Rechtspflicht, einer Person, welche die Merkmale des Flüchtlingsbegriffes erfüllt, auch tatsächlich Asyl zu gewähren. Die Bedeutung der GK liegt vielmehr in der Regelung der Rechtsstellung dieser Flüchtlinge, wenn ihnen durch einen Vertragsstaat in freier Entscheidung bereits Asyl zugesprochen wurde.<sup>188)</sup>

Die verbliebene völkerrechtliche Freiheit in der Asylgewährung wird in vielen Bestimmungen der GK deutlich:

So bestimmt beispielsweise ihr Artikel 26, daß jeder Vertragspartner nur jenen Flüchtlingen, die sich "rechtmäßig" in seinem Gebiet befinden, das Recht zu gewähren hat, dort ihren Aufenthalt zu wählen und sich frei zu bewegen. Die Wendung: "... die sich rechtmäßig in seinem Gebiet befinden" findet sich in der GK noch mehrmals als Voraussetzung für die Gewährung von Vergünstigungen.

Der Vertrag hält also ganz offenbar auch einen unrechtmäßigen Aufenthalt von Flüchtlingen für möglich. Wenn dies aber so ist, dann kann der GK ganz allgemein keine Rechtspflicht zur Asylgewährung entnommen werden. Für die Bundesrepublik Deutschland entscheidet sich also die Frage, ob Ausländern, welche die Merkmale des Flüchtlingsbegriffes der GK erfüllen, Asyl zu gewähren ist, ausschließlich nach ihrem innerstaatlichen Recht. Art. 16 Abs. 2 S. 2 GG verleiht nun unter anderem auch den Flüchtlingen i.S.d. Genfer Konvention ein subjektives öffentliches Recht auf Asylgewährung.

#### cc) Innerstaatliches Recht

##### α) Auslegung des Art. 16 Abs. 2 S. 2 GG

Nach Art. 16 Abs. 2 S. 2 GG genießen politisch Verfolgte Asylrecht. Es handelt sich hierbei um ein Grundrecht. Dies erhellt einmal daraus, daß das Asylrecht im Grundrechtsabschnitt der Verfassung aufgeführt ist und noch deutlicher wird dies im Hinblick auf Art. 18 GG, dessen S. 1 u. a. folgendes aussagt: "Wer ...das Asylrecht...mißbraucht, verwirkt diese Grundrechte."

Während das Völkerrecht das Asylrecht nur als ein aus der Staatensouveränität fließendes Recht der Staaten begreift (s. oben aa.), macht der Verfassungsgeber mit Art. 16 Abs. 2 S. 2 GG von der ihm nach allgemeinem Völkerrecht eingeräumten Möglichkeit einer innerstaatlichen Verbesserung der Rechtsposition eines Fremden ("völkerrechtsüberschreitendes" Landesrecht ist nicht völkerrechtswidrig<sup>189)</sup>) Gebrauch und gewährt dem einzelnen politisch Verfolgten ein subjektives öffentliches Recht auf Asylgewährung gegenüber der Bundesrepublik Deutschland.<sup>190)</sup> Dem Asylrecht in der Bundesrepublik

Deutschland ist deshalb eine Doppelnatur eigen: "Im völkerrechtlichen Raum ist es ein Recht der BRD gegenüber allen anderen Staaten, im innerstaatlichen Raum ist es ein Recht des politisch Verfolgten gegenüber der staatlichen Gewalt" (Kimminich, Bonner Kommentar, Anm. 112 zu Art. 16 GG).

Art. 16 Abs. 2 S. 2 GG betrifft das **e x t e r n e** (nicht das interne, insbesondere nicht das diplomatische) Asyl.<sup>191)</sup> Es handelt sich um das einzige Grundrecht der Verfassung, das nur Fremden zusteht.<sup>192)</sup> Deutsche benötigen kein Asylrecht, da ihnen ohne Rücksicht darauf, ob sie im Ausland politisch verfolgt sind oder nicht, ein Recht auf Einreise in das Staatsgebiet der Bundesrepublik Deutschland schon als Ausfluß des Grundrechts der Freizügigkeit (Art. 11 GG) zusteht.<sup>193)</sup>

Die Verfassung räumt das Asylrecht den politisch Verfolgten ein, ohne Aufschluß darüber zu geben, wer im einzelnen unter diesen Begriff zu rechnen ist. Das Ausländergesetz vom 28.4.65 (BGBl. I S. 353) läßt sich zur näheren Interpretation nicht heranziehen, da sein § 28 sich ebenfalls nur mit der Wiedergabe eben dieses Verfassungsbegriffes begnügt. Selbst wenn aber der Gesetzgeber eine Interpretation vorgenommen hätte, so wäre immer noch zu prüfen gewesen, ob sie sich mit dem abstr. Begriff des Art. 16 Abs. 2 S. 2 GG in Übereinstimmung befinden würde.<sup>194)</sup> So blieb es der Rechtssprechung und der Lehre überlassen, den Begriff des politisch Verfolgten näher zu verdeutlichen:

Einig ist man sich darin, daß dieser Begriff nicht eng ausgelegt werden darf. "Eine weite Auslegung des Art. 16 Abs. 2 S. 2 GG entspricht nicht nur dem Geist, in dem er konzipiert worden ist, sondern auch der Situation, für die

er gemünzt war" (BVerfGE 9, 174, 180).<sup>195)</sup> Eine großzügige Interpretation scheint nicht zuletzt deshalb geboten zu sein, weil es Staaten gibt, in denen zur Durchsetzung und Sicherung politischer und gesellschaftlicher Umwälzungen Machtmittel in einer den Grundsätzen freiheitlicher Demokratie widersprechenden Weise eingesetzt werden (BVerfG a.a.O.).

Ganz allgemein wird man sagen können, daß das Asylrecht durch Art. 16 Abs. 2 S. 2 "dem Ausländer gewährt wird, der in seinem eigenen Land nicht mehr leben kann, weil er durch das politische System seiner Freiheit, seines Lebens oder seiner Güter beraubt wird" (PR, 18. Sitzung des HA v. 4.12.1948)-StenBer. S. 217 ff.; 44. Sitzung des HA v. 19.1.1949 - StenBer. S. 582 ff.-).

Auf alle Einzelheiten der Interpretation dieses Verfassungsbegriffes kann im Rahmen dieser Arbeit, wie schon erwähnt, nicht eingegangen werden (siehe hierüber die ausführlichen Darstellungen bei Maunz-Dürig-Herzog, Rdnr. 45 u. 46 zu Art. 16 GG, bei Kimminich in Bonner Kommentar, Rdnr. 133 bis 145 zu Art. 16 GG und in "Asylrecht", S. 74 ff., sowie bei Schmitt, BayVBl. 64, 33 (34)).

Es muß jedoch Erwähnung finden, daß in der Praxis zur Beantwortung der Frage, wer Asylrecht genießen soll, mangels allgemeiner Völkerrechtsregeln vor allem auf die Genfer Konvention über die Rechtsstellung der Flüchtlinge v. 28.7.1951 (GK) zurückgegriffen wird. Dies darf aber nicht zu dem Schluß verführen, daß etwa die GK in der Lage wäre, eine Rechtsgrundlage für ein subjektives öffentliches Recht auf Asylgewährung darzustellen:

Die GK verpflichtet die Vertragsstaaten, wie schon erwähnt, nicht zur Asylgewährung. Ein auf der GK beruhendes subjek-

tives Recht des einzelnen Flüchtlings auf Asylgewährung kann also schon aus diesem Grunde nicht in Betracht kommen, selbst wenn man es grundsätzlich für möglich halten sollte, daß die Staaten auf Grund ihrer Parteiautonomie im Wege eines Vertrages zu Gunsten Dritter völkerrechtliche Individualrechte begründen könnten.<sup>196)</sup>

Nun ist zwar die GK durch Bundesgesetz v. 1.9.1953 (BGBl. II S. 559) in innerdeutsches Recht transformiert worden. Dadurch wurden aber mangels einer erweiternden Bestimmung des Transformationsgesetzes die Vorschriften der GK unverändert übernommen, so daß das Abkommen auch als innerstaatliches Recht keinen für den einzelnen Flüchtling günstigeren Inhalt erhalten hat.

Es muß daran festgehalten werden, daß die (transformierte) GK nicht in der Lage ist, dem Flüchtling aus sich heraus einen Rechtsanspruch auf Asylgewährung zu verschaffen.<sup>197)</sup> Auch durch die Asylverordnung (AsylVO) v. 6.1.1953 (BGBl. I S. 3), welche durch § 55 Abs. 2 S. 1 AuslG aufgehoben wurde und welche die verfahrenstechnischen Voraussetzungen für die Aufnahme der unter die GK fallenden Flüchtlinge schaffen sollte,<sup>198)</sup> wurde kein subjektives Asylrecht begründet.

Es gibt daher weder ein Recht auf "Asyl nach der Flüchtlingskonvention" noch ein Recht auf "Asyl nach der Asylverordnung".<sup>199)</sup> Einen Rechtsanspruch auf Asylgewährung verleiht vielmehr allein Art. 16 Abs. 2 S. 2 GG.

Wenn auch Art. 16 Abs. 2 S. 2 GG aus sich selbst heraus zu interpretieren ist,<sup>200)</sup> so wird man es doch als zulässig bezeichnen müssen,<sup>201)</sup> wenn der Begriff "politisch Verfolgter" durch die innerdeutsche Rechtssprechung in Anlehnung an den Flüchtlingsbegriff der GK ausgelegt wird:<sup>202)</sup>



Art. 1 Abschn. A der GK nennt zwei Gruppen von Personen, die als Flüchtlinge im Sinne dieses Abkommens gelten. Die unter Ziff. 1 genannte Gruppe hat für die Bundesrepublik Deutschland allerdings kaum praktische Bedeutung.<sup>203)</sup>

In Ziff. 2 wird bestimmt, daß der Ausdruck "Flüchtling" außerdem auf jede Person Anrechnung finde,

"die infolge von Ereignissen, die vor dem 1. Januar 1951 eingetreten sind, und aus der begründeten Furcht vor Verfolgung wegen ihrer Rasse, Religion, Nationalität, Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Gruppe oder wegen ihrer politischen Überzeugung sich außerhalb des Landes befindet, dessen Staatsangehörigkeit sie besitzt, und den Schutz dieses Landes nicht in Anspruch nehmen kann oder wegen dieser Befürchtungen nicht in Anspruch nehmen will; oder die sich als staatenlose infolge solcher Ereignisse außerhalb des Landes befindet, in welchem sie ihren gewöhnlichen Aufenthalt hatte, und nicht dorthin zurückkehren kann oder wegen der erwähnten Befürchtungen nicht dorthin zurückkehren will".

Der Stichtag des 1.1.1951 hat allerdings für die Bundesrepublik Deutschland keine Bedeutung mehr, denn durch Art. 1 Abs. II des Protokolls vom 31.1.1967 über die Rechtsstellung der Flüchtlinge haben sich die Teilnehmerstaaten verpflichtet, die GK so anzuwenden, als sei der Stichtag in Art. 1 Abschn. A Ziff. 2 GK nicht mehr enthalten. Die Bundesrepublik Deutschland ist dem Protokoll beigetreten (BGBl. 1969 II. S. 1293). Es ist am 5.11.1969 für sie in Kraft getreten.<sup>204)</sup>

Jedoch ist zu beachten, daß sich auch nach Wegfall dieser Zeitschranke,<sup>205)</sup> der Begriff des "politisch Verfolgten" im Sinne des Art. 16 Abs. 2 S. 2 GG nicht völlig mit dem Flüchtlingsbegriff der GK deckt,<sup>206)</sup> wobei allerdings in der Frage der Deckungsbereiche in Rechtssprechung und Literatur keine volle Einmütigkeit herrscht.

Zum Teil wird es für möglich gehalten, daß der Kreis der Konventionsflüchtlinge weiter ist als derjenige der politisch

Verfolgten im Sinne des Art. 16 Abs.2 S. 2 GG, weil nicht jeder ausländische Flüchtling zugleich politisch verfolgt sein müsse.<sup>207)</sup> Hier wird aber zu Unrecht der allgemeine Begriff des politischen Flüchtlings, der in der Tat weiter ist, als derjenige des politisch Verfolgten,<sup>208)</sup> mit dem Flüchtlingsbegriff der GK gleichgesetzt. Letzterer enthält aber ebenso wie Art. 16 Abs.2 S. 2 GG das (subjektive) Verfolgungselement. Aber selbst, wenn es GK-Flüchtlinge geben sollte, die nicht zugleich dem Art. 16 Abs.2 S. 2 GG unterfallen sollten, so stünde diesen zwar kein Grundrecht auf Asylgewährung zu, ihnen wäre aber gleichwohl ein (allerdings nicht verfassungskräftiges) subjektives öffentliches Recht auf Asyl nach § 28 Nr.1 AuslG eingeräumt, wonach GK-Flüchtlinge durch die Bundesrepublik Deutschland auf Antrag als Asylberechtigte anerkannt werden.

Überwiegend wird aber angenommen, daß es sich bei einem Flüchtling nach der GK gleichzeitig auch um einen politisch Verfolgten nach Art. 16 Abs.2 S. 2 GG handelt.<sup>209)</sup> Sehr wohl kann aber ein Ausländer politisch Verfolgter und damit nach Art. 16 Abs.2 S. 2 GG Asylberechtigter sein, ohne zugleich den Flüchtlingsbegriff der GK erfüllen zu müssen, da das Grundgesetz im Gegensatz zur GK nicht darauf abstellt, ob ein Ausländer gerade wegen seiner politischen Überzeugung verfolgt wird, sondern sich mit der Tatsache einer politischen Verfolgung begnügt.<sup>210)</sup>

Das dem politisch Verfolgten nach Art. 16 Abs.2 S. 2 GG zu gewährende Asyl beinhaltet ein Recht auf Einreise, das Verbot der Ausweisung, der Zurückweisung, der Zurückschiebung, der Abschiebung und der Auslieferung.<sup>211)</sup> Dagegen sind dem politisch Verfolgten durch das GG keine weiteren Rechte garantiert, so z.B. kein Recht auf Teilnahme am politischen Leben oder auf Einbürgerung, auf

Freizügigkeit, auf freie Berufsausübung.<sup>212)</sup> Das Grundgesetz garantiert insbesondere kein Recht auf die Vergünstigungen der Art. 2 ff. GG.<sup>213)</sup> Selbstverständlich bleibt es aber dem einfachen Gesetzgeber unbenommen, den Ausländern, denen nach Art. 16 Abs. 2 S. 2 GG ein Grundrecht auf Asyl zusteht, eine über den zuvor geschilderten Umfang des Grundrechts hinausgehende Rechtsstellung einzuräumen. Eine solche zusätzliche Verbesserung der Rechtsposition des Asylanten nimmt dann allerdings nicht an der erhöhten verfassungsrechtlichen Bestandskraft teil.

### ß) Asylrechtsregelung des Ausländergesetzes

Nach § 28 AuslG werden auf Antrag als Asylberechtigte anerkannt:

- a) die Flüchtlinge im Sinne der GK,
- b) sonstige Ausländer, die politisch Verfolgte nach Art. 16 Abs. 2 S. 2 GG sind.

Diese Fassung des § 28 AuslG könnte zu einigen Mißverständnissen Anlaß geben.<sup>214)</sup> Es ist jedoch an folgendem festzuhalten: GK-Flüchtlinge sind in aller Regel gleichzeitig auch politisch Verfolgte im Sinne von Art. 16 Abs. 2 S. 2 GG. Die alleinige Rechtsgrundlage für ein subjektives öffentliches Recht auf Asylgewährung stellt für beide Flüchtlingsgruppen Art. 16 Abs. 2 S. 2 GG dar.<sup>215)</sup>

Wenn § 28 AuslG von einer Anerkennung als Asylberechtigter spricht, dann bedeutet dies nicht, daß das Asylrecht erst durch eine solche Anerkennung geschaffen würde. Der Anerkennung kommt insofern in der Tat nur deklaratorische Bedeutung zu. Die Anerkennung soll jedoch nach dem Willen des Gesetzgebers die Voraussetzung für eine Realisierung des Asylrechts durch den politisch Verfolgten darstellen.<sup>216)</sup>

Gegen ein solches gesetzliches Anerkennungsverfahren bestehen keine Bedenken, wenn dadurch das Grundrecht auf Asyl nicht vereitelt wird.<sup>217)</sup> Das ist aber nicht der Fall, weil der einzelne politisch Verfolgte nach § 28 AuslG einen Rechtsanspruch auf Anerkennung besitzt, wenn die gesetzlichen Voraussetzungen des § 28 AuslG vorliegen. Dieser Anspruch wurde schon vor Geltung des AuslG aus Art. 16 Abs. 2 S. 2 GG hergeleitet und wird jetzt durch den eindeutigen Wortlaut des § 28 AuslG bestätigt. Wenn ein Verfolgter allerdings schon in einem anderen Staat Anerkennung als Flüchtling oder Schutz vor Verfolgung gefunden hat, steht ihm auch nach Art. 16 Abs. 2 S. 2 GG kein Rechtsanspruch auf erneute Anerkennung zu. Es gibt kein sogenanntes Zweit-asyl, § 28 GG.<sup>218)</sup> Eine Anerkennung als Asylberechtigter im Ermessungswege ist nicht möglich.<sup>219)</sup>

Die Anerkennung als Asylberechtigter enthält noch nicht die Aufenthaltserlaubnis, deren auch ein Asylant bedarf, § 2 Abs. 1 S. 2 AuslG. Hiergegen bestehen aber ebenfalls keine verfassungsrechtlichen Bedenken, solange durch die Erlaubnispflicht das Asylrecht nicht vereitelt wird.<sup>220)</sup> Das ist aber nicht der Fall, da den anerkannten Asylanthen nach ihrer Verteilung auf die Bundesländer gemäß § 43 AuslG ein Rechtsanspruch auf AE zusteht.

Während der Gesetzgeber in § 28 AuslG hinsichtlich des Kreises der Asylberechtigten nicht über Art. 16 Abs. 2 S. 2 GG hinausgegangen ist (was zulässig gewesen wäre), hat er von der Möglichkeit einer Verbesserung der grundgesetzlich garantierten Rechtsstellung der Asylanthen Gebrauch gemacht. Das Grundgesetz garantiert "nur" ein Verbot der Abweisung, Zurückweisung, Zurückschiebung, Ausweisung und Auslieferung. Das Ausländergesetz räumt darüber hinaus allen anerkannten politisch Verfolgten (also nicht nur den Flüchtlingen der

GK) die Rechtsstellung nach dem Abkommen über die Rechtsstellung der Flüchtlinge v. 28.7.1951 (GK) ein (§ 44 Abs. 1 u. 2 AuslG). Die GK enthält im Anschluß an die Flüchtlingsdefinition Vorschriften, welche es einem Flüchtling erleichtern sollen, sich in das wirtschaftliche, soziale und kulturelle Leben des Gastlandes einzufügen.

Das AuslG v. 28.4.1965 stieß mit seiner Regelung aber nur zum Teil in Neuland vor: denn schon zuvor war den Konventionsflüchtlingsen der Konventionsstatus unmittelbar durch die in innerdeutsches Recht transformierte Genfer Konvention zugestanden, wenn sie im Verfahren nach der AsylVO auf Grund Art. 16 Abs. 2 S. 2 GG als Asylanten anerkannt worden waren. §55 Abs. 3 AuslG hat diese Abkommen unangetastet gelassen und in § 44 Abs. 1 AuslG wurde dies sogar ausdrücklich bestätigt.

Dagegen bringt § 44 Abs. 2 AuslG für die politisch Verfolgten, die nicht zugleich Flüchtlinge nach der GK sind und auf die deshalb die Bestimmungen der GK nicht unmittelbar Anwendung finden könnten, durch seine Verweisung auf eben diese Konvention eine echte Neuerung, da sich deren Rechtsstatus bisher allein an Art. 16 Abs. 2 S. 2 GG im obengenannten Umfang ausgerichtet hatte.<sup>222)</sup>

Der Rechtsstatus beider Flüchtlingsgruppen unterscheidet sich nur noch darin, daß GK-Flüchtlinge Reiseausweise nach Art. 28 GK erhalten, während die übrigen politischen Verfolgten einen Fremdenpaß bekommen, auf dessen Erteilung sie aber in Abweichung zu § 4 AuslG einen Rechtsanspruch besitzen (§ 44 Abs. 3 AuslG). Dieser Unterschied ist dadurch bedingt, daß die Reiseausweise nach Art. 28 GK zu Reisen in die Vertragsstaaten des Abkommens berechtigen, die Bundesrepublik Deutschland aber die anderen



Staaten nicht zwingen kann, Flüchtlinge ohne Flüchtlingseigenschaft nach der GK in gleicher Weise bei sich aufzunehmen. Da sich die Flüchtlingsbegriffe nach Art. 16 Abs. 2 S. 2 GG und nach der GK auch nach Wegfall der Zeitschranke des Art. 1 Abschn. A Nr. 2 GK nicht völlig decken, ist dieser Unterschied erhalten geblieben.<sup>223)</sup>

#### 8) Das Auslieferungsgesetz

Im Zusammenhang mit dem Asylrecht interessiert auch das Rechtsinstitut der Auslieferung. Die Auslieferung stellt ein Mittel zur Verwirklichung staatlicher Rechtsansprüche über die Staatsgrenzen hinaus dar und beinhaltet ein Zusammenwirken der Staaten auf dem Gebiete der Rechtshilfe. Bestritten ist, ob die Auslieferung auf die strafrechtliche Rechtshilfe beschränkt ist. Während dies früher überwiegend bejaht wurde,<sup>224)</sup> beginnt man sich nun im Hinblick auf Art. 16 Abs. 2 S. 1 ("Kein Deutscher darf an das Ausland ausgeliefert werden") von dieser traditionellen Betrachtung der Auslieferung als Rechtshilfe für ein ausländisches Strafverfahren zu lösen und versteht darunter nun die zwangsweise Überführung einer Person in den Bereich nichtdeutscher Hoheitsgewalt auf Ansuchen einer zuständigen ausländischen Stelle zur Durchführung eines Strafverfahrens oder aus einem anderen Grund.<sup>225)</sup>

Das Auslieferungsgesetz v. 23.12.1929 (RGBl. I S. 239, geändert d.G.v. 12.9.1933, RGBl. I S. 618) - DAG - bezieht sich nur auf die Auslieferung von Ausländern<sup>226)</sup> im strafrechtlichen Bereich.

§ 3 DAG enthält das Verbot der Auslieferung wegen einer politischen Tat oder wegen einer politischen Zusammenhangstat. Unterzieht man diese Bestimmung einer Überprüfung im Hinblick auf Art. 16 Abs. 2 S. 22 GG, so er-



gibt sich folgendes:

§ 3 DAG geht hinsichtlich der geschützten Person nicht über Art. 16 Abs. 2 S. 2 GG hinaus, denn alle Ausländer, welche eine politische Tat oder eine Zusammenhangstat im Sinne des DAG begangen haben, sind stets auch politisch Verfolgte im Sinne dieser Verfassungsbestimmung.<sup>22)</sup> Vielmehr weitet umgekehrt Art. 16 Abs. 2 S. 2 GG den durch § 3 Abs. 2 u. 3 DAG vor Auslieferung geschützten Personenkreis aus; durch den Kreis der Asylberechtigten nach Art. 16 Abs. 2 S. 2 GG ist auch der Kreis der Nichtauszuliefernden bestimmt.<sup>228)</sup> Das Auslieferungsverbot umfaßt deshalb auch die wegen nichtpolitischer Delikte Verfolgten, wenn sie im Falle ihrer Auslieferung in ihren Heimatstaat aus politischen Gründen Verfolgungsmaßnahmen mit Gefahr für Leib und Leben oder Beschränkungen ihrer persönlichen Freiheit ausgesetzt wären.<sup>229)</sup> Maßgebend ist hierfür die Tatsache, daß in einer Reihe von Staaten die Politisierung weiter Lebensbereiche, das Verschieben des materiellen Strafrechts zur Sicherung und Durchsetzung sozialer und politischer Umwälzungen die Grenze zwischen 'kriminellen' und 'politischen' Straftaten verwischt hat (BVerfG E 9, 174 (181)).

Nun wird zwar der die Auslieferung begehrende Staat versuchen, die vom Auszuliefernden geäußerten und eventuell vom Aufenthaltsstaat geteilten Befürchtungen einer politischen Verfolgung nach der Auslieferung wegen eines rein kriminellen Delikts mit dem Hinweis auf den Grundsatz der Spezialität entgegenzutreten. Hierunter versteht man die Absprache, daß ein Ausgelieferter weder wegen einer vor der Auslieferung begangenen Tat, für welche sie nicht bewilligt war, noch aus einem sonstigen, vor der Auslieferung eingetretenen Rechtsgrund in seiner persönlichen Freiheit beschränkt werden darf,

es sei denn, daß er das Gebiet des ersuchenden Staates innerhalb eines Monats nach dem Tage seiner Freilassung nicht verläßt oder daß er, nachdem er es verlassen hat, zurückkehrt oder von einer dritten Regierung von neuem ausgeliefert wird (vgl. § 6 DAG).

Die Zusicherung der Wahrung der Spezialität, welche früher eine wesentliche und in der Regel ausreichende Garantie gegen eine politische Verfolgung Ausgelieferter dargestellt hat, besitzt heute nicht mehr in allen Fällen diese Effektivität. In manchen Staaten ist nicht die Garantie gegeben, daß der Grundsatz der Spezialität so verstanden wird, wie ihn die freiheitliche demokratische Rechtsordnung verstanden wissen will. Selbst ergänzende Zusicherungen vor der Auslieferung können manchmal nicht wirksam ausschließen, daß bei der Strafzumessung politische Zwecke maßgeblich Einfluß erlangen oder daß dem Ausgelieferten nach Verbüßung seiner Strafe die Ausreise verweigert wird.<sup>230)</sup>

Bestritten ist die Frage, ob in Hinblick auf Art. 16 Abs. 2 S. 2 GG der Absatz 3 des § 3 DAG noch Geltung beanspruchen kann, wonach ein Ausländer wegen eines nicht im offenen Kampf begangenen vorsätzlichen Verbrechens gegen das Leben selbst dann ausgeliefert werden kann, wenn es sich eindeutig um einen politisch Verfolgten handelt.<sup>251)</sup> Es ist hier das Problem der immanenten Schranken des Asylrechts angesprochen, das aber erst im Zusammenhang mit der Ausweisung erörtert werden wird (siehe S. 273 ff.).

### 6) Innerstaatliches Asylrecht und Völkerrecht

Das a l l g e m e i n e Völkerrecht stellt die Gewährung und Ausgestaltung des Asylrechts grundsätzlich in das Belieben des einzelnen Staates, so daß i.d.R. die Möglichkeit eines Widerspruchs zwischen innerstaatlichem Recht und allgemeinem Völkerrecht aus diesem Grund von vorneherein ausscheidet.

Schließt man sich der im Vordringen begriffenen Meinung in der Völkerrechtslehre an, daß ein Staat nach allgemeinem Völkerrecht wenigstens dann zur Asylgewährung verpflichtet ist, wenn einem Auszuliefernden im Empfangsstaat ernsthaft eine gegen die Menschenrechte verstoßende Behandlung droht (siehe S 52 ff.) und Anm. 180), dann befindet sich das innerstaatliche Recht der Bundesrepublik Deutschland mit einer solchen Völkerrechtsregel durchaus in Einklang, da auch das Grundgesetz in einem solchen Falle die Auslieferung eines Ausländers verbietet. Das Grundrecht auf Asyl (Art. 16 Abs. 2 S. 2 GG) besitzt zwar keinen absoluten Charakter, vielmehr sind ihm immanente Schranken eigen (siehe näher § 273 ff.); diese sind jedoch in keinem Fall so gezogen, daß sie die Überantwortung eines Ausländers an einen Staat erlauben würden, welcher die Menschenwürde mißachtet. Dies ergibt sich aus Art. 1 Abs. 1 GG, wonach die Würde des Menschen unantastbar ist. Die wohl überwiegende Meinung ist zwar nicht bereit, Art. 1 Abs. 1 GG eine aktuelle Grundrechtsqualität zuzuerkennen, sondern erblickt erst in Abs. 3 die eigentliche Aktualisierungsnorm. Da aber die Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 GG) das oberste Konstitutionsprinzip allen objektiven Rechts und den obersten Wert in der Wertordnung des Grundgesetzes darstellt,<sup>232)</sup> nimmt sie insofern auf die Bestimmung des Inhalts des Asylrechts maßgeblich Einfluß.

Art. 1 Abs. 1 S. 2 GG verpflichtet alle staatliche Gewalt, die Menschenwürde zu achten und zu schützen. Es handelt sich hier um "eine erhebliche Begrenzung der inneren Souveränität des Staates" (Maunz, Deutsches Staatsrecht, S. 121). Das bedeutet, daß der Staat nicht nur selbst keine Verletzungshandlungen begehen, sondern, daß er hierzu auch anderen Staaten keine mittelbare Hilfestellung geben darf. Er muß also beispielsweise ein Auslieferungsbegehren ablehnen, wenn die Menschenwürde des Ausländers im Empfangsstaat gefährdet wäre.<sup>233)</sup> Die innerstaatliche Rechtsordnung der Bundesrepublik Deutschland ist entsprechend diesem Verfassungsgebot auch dann im Lichte des Art. 1 Abs. 1 GG zu interpretieren, wenn der Staat selbst in keiner seiner Funktionen am Verletzungsvorgang direkt beteiligt ist.<sup>234)</sup>

Das Bekenntnis des Grundgesetzes zur Menschenwürde führt dazu, daß die immanenten Schranken des Grundrechts auf Asylgewährung nach Art. 16 Abs. 2 S. 2 GG nicht so gezogen werden dürfen, daß eine unmittelbare oder mittelbare Menschenrechtsverletzung durch den Staat ermöglicht wird. Das DAG ist so auszulegen und anzuwenden, daß eine Auslieferung auch eines gemeinen Verbrechers im Falle drohender Menschenrechtsverletzung durch den Empfangsstaat nicht in Betracht kommt.

Eine Mißachtung der Menschenwürde liegt beispielsweise bei Verletzungsvorgängen wie Folter, Zwangsarbeit, Terror, Erniedrigung, Ächtung, aber auch bei Verhängung besonders grausamer und harter Strafen vor.<sup>235)</sup>

Zwischen v e r t r a g l i c h e m Völkerrecht und innerstaatlichem Recht lassen sich jedoch Divergenzen vorstellen. Würde die Bundesrepublik Deutschland einen Auslieferungsvertrag des Inhalts abschließen und ratifizieren, daß nicht nur gemeine Verbrecher, sondern auch

bestimmte Kategorien politisch Verfolgter an den Vertragspartner auszuliefern sind, so ergäbe sich folgende Rechtslage:

Ein solcher Vertrag könnte nicht rechtswirksam in innerstaatliches Recht transformiert werden. Zwar könnte das Vertragsgesetz für seinen Anwendungsbereich nach dem Grundsatz "lex posterior derogat legi priori" den § 3 DAG überwinden.<sup>237)</sup> Das Vertragsgesetz wäre jedoch, da ihm nur einfacher Gesetzesrang zukommt,<sup>238)</sup> wegen Verstosses gegen das Asylrecht des Grundgesetzes nichtig. Die Tatsache, daß die Bestimmungen eines solchen angenommenen Auslieferungsvertrages wegen Widerspruchs zum Verfassungsrecht nicht wirksam in innerstaatliches Recht umgewandelt werden können, würde aber der völkerrechtlichen Wirksamkeit des Abkommens nicht entgegenstehen. Völkerrechtlichen Verpflichtungen gegenüber ist ein Berufen auf abweichendes innerstaatliches Recht, und sei es auch Verfassungsrecht, ausgeschlossen.<sup>239)</sup> Die Organe der Bundesrepublik Deutschland wenden jedoch das innerstaatliche Recht auch dann an, wenn der Vertrag ihm widersprechen sollte. Zur Lösung eines solchen Konflikts bemühen sich jedoch die meisten Staaten, so auch die Bundesrepublik Deutschland, um eine völkerrechtskonforme Auslegung des innerstaatlichen Rechts. Sofern diese Auslegung eine Übereinstimmung nicht herbeizuführen vermag, ist der Staat verpflichtet, durch Änderung seines innerstaatlichen Rechtes eine Anpassung an das Völkerrecht zu erzielen.<sup>240)</sup> Da sich aber wohl kaum ein Staat bereitfinden wird, eines völkerrechtlichen Vertrages wegen seine Verfassung zu ändern, konzentriert sich das Problem letztlich auf die in diesem Zusammenhang nicht zu vertiefende vorgelagerte Frage, wie der Abschluß von mit der Verfassung inhaltlich nicht in Einklang stehenden völkerrechtlichen Verträgen verhindert werden kann.<sup>241)</sup>



3. Das Grundrecht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit (Art. 2 Abs. 1 GG) und sein Verhältnis zu Art. 11 GG

Vorstehend wurde festgestellt, daß Ausländern wenigstens dann ein Grundrecht auf Einreise und Aufenthalt verliehen ist, wenn es sich um politisch Verfolgte handelt (Art. 16 Abs. 2 S. 2 GG).

Liegt jedoch keine politische Verfolgung vor, so ist es auf den ersten Blick naheliegend, anzunehmen, daß angesichts der Verleihung des Grundrechts auf Freizügigkeit durch Art. 11 GG nur an Deutsche, die Ausländer über Art. 16 Abs. 2 S. 2 GG hinaus in aufenthaltsrechtlicher Hinsicht überhaupt keinen Grundrechtsschutz genießen.

Die prinzipielle Frage nach dem Grundrechtsschutz der Ausländer auch außerhalb des Menschenrechtskerns der an Deutsche verliehenen Grundrechte stellt sich natürlich nicht nur auf dem Sachgebiet des Art. 11 GG, sondern bei allen Deutschen-Grundrechten gleichermaßen. Jedenfalls könnte eine Anwendung der nach dem Grundgesetz nur Deutschen verliehenen Grundrechte auch auf Ausländer, aus welchen Gründen und aus welchem Anlaß dies auch immer für nötig gehalten werden sollte, erst dann, gewissermaßen als "Ultima ratio", ins Auge gefaßt werden, wenn kein anderes Grundrecht der Verfassung in der Lage sein sollte, Ausländern auf den Sachgebieten der Deutschen-Grundrechte einen verfassungskräftigen Schutz zu verleihen.

In diesem Zusammenhang ist zu prüfen, ob Art. 2 Abs. 1 des Grundgesetzes für Ausländer auch auf dem hier besonders interessierenden Gebiete des Aufenthaltsrechtes eine Auffangfunktion übernehmen kann. Diese Frage ist sehr umstritten.



D ü r i g nennt es einen an sich "bestechenden Gedanken", Art. 2 Abs. 1 GG in Hinblick auf seine formalrechtliche Ausgestaltung als ein "Jedem" zustehendes "Menschenrecht" nicht nur als ein Auffangrecht bei thematischem Versagen benannter Freiheitsrechte anzusehen, sondern mit seiner Hilfe auch Lücken zu schließen, die in personeller Hinsicht durch die Geltungsbeschränkung mancher Freiheitsrechte nur auf Deutsche auftreten. Er verwirft jedoch diesen Gedanken, weil sonst z. B. die Berufsfreiheit der Deutschen einem weiteren Regelungsvorbehalt unterliegen würde, als die der Ausländer nach dem engeren Schrankenvorbehalt des Art. 2 Abs. 1 GG.<sup>242)</sup> Wenn man Dürig in der Interpretation der Schrankentrias des Art. 2 Abs. 1 GG, insbesondere des Begriffs "verfassungsmäßige Ordnung" folgt,<sup>243)</sup> so ist seine ablehnende Auffassung nur konsequent. Versteht man jedoch mit dem Bundesverfassungsgericht unter der "verfassungsmäßigen Ordnung" des Art. 2 Abs. 1 GG "die Gesamtheit der Normen, die formell und materiell der Verfassung gemäß sind,"<sup>244)</sup> so dürfte der ablehnenden Haltung Dürigs unter diesem Gesichtspunkt die Grundlage entzogen sein.<sup>245)</sup>

Ein Rückgriff auf Art. 2 Abs. 1 GG zum Zweck der Auffüllung personeller Grundrechtslücken kann gleichwohl nicht als eine Selbstverständlichkeit bezeichnet werden.

Das Bundesverfassungsgericht<sup>246)</sup> hatte sich bis in jüngster Zeit in seiner Rechtsprechung zum Verhältnis zwischen den Einzelgrundrechten und dem Grundrecht aus Art. 2 Abs. 1 GG nur aus Anlaß thematischer Regelungslücken geäußert. In diesem Zusammenhang hat es ausgeführt, daß die besonderen Grundrechtsnormen für ihren Bereich die Anwendung des Art. 2 Abs. 1 GG ausschließen, allerdings nur, soweit eine Verletzung dieses Artikels und einer besonderen Grundrechtsnorm unter demselben sachlichen Gesichtspunkt

in Betracht kommt, nicht aber, wenn Art. 2 Abs. 1 GG unter einem Gesichtspunkt verletzt ist, der nicht in den Bereich der besonderen Grundrechtsnorm fällt.

D o l d e<sup>247)</sup> wendet diese zur thematischen Grundrechtslückenfüllung ergangene Rechtssprechung zur Lösung auch des Problems eventueller personeller Regelungslücken an und kommt zu dem Ergebnis, daß der Rückgriff auf Art. 2 Abs. 1 GG ausgeschlossen sei, da in Wirklichkeit keine Lücke, sondern im Gegenteil eine ganz konkrete, wenn auch negative Regelung insofern vorliege, als aus der Existenz von Jedermann-Rechten geschlossen werden müsse, daß die Ausländer bei den Deutschen-Grundrechten eben gerade ausgeschlossen sein sollen und also die Grundrechtsträgerschaft durchaus ein Gesichtspunkt sei, der in den Bereich des jeweiligen Einzelgrundrechts falle.

Man wird jedoch der Auffassung Doldes nicht folgen können. Zwar wird durch die Deutschen-Grundrechte tatsächlich eine negative, die Ausländer ausgrenzende Regelung getroffen, jedoch nur dahingehend, daß Ausländer der Grundrechtsschutz nicht so verliehen werden soll, wie er gerade den Deutschen gewährt wird. Wesentlich für den Grundrechtsschutz ist nicht nur die Tatsache, daß auf einem Sachgebiet überhaupt ein besonderes Grundrecht gewährt wird, sondern nicht zuletzt auch die Frage nach dem Maße der Einschränkung dieses Grundrechts. Im Vergleich zum allgemeinen Gesetzesvorbehalt des Art. 2 Abs. 1 GG sind aber die Vorbehalte insbesondere der Deutschen-Grundrechte durchweg enger gehalten.<sup>248)</sup> Die "Beschränkung der Einschränkung" stellt ein Spezifikum dieser Grundrechte dar und soll nur den Deutschen zugute kommen. Die Beschränkung der Grundrechtsträgerschaft auf Deutsche ist somit ein Gesichtspunkt, der zwar

in den Bereich des jeweiligen Einzelgrundrechts fällt, jedoch nur in Verbindung mit dessen konkreter "Vorbehaltsausstattung". So gesehen kann im Falle eines staatlichen Eingriffs in die Rechtssphäre eines Ausländers auf einem Sachgebiet, das Gegenstand eines Deutschen-Grundrechts ist, von einer Möglichkeit der Verletzung des Art. 2 Abs. 1 GG auf der einen und des besonderen Grundrechts auf der anderen Seite unter demselben sachlichen Gesichtspunkt nicht gesprochen werden. Die Tatsache der Existenz von Deutschen-Grundrechten und Jedermann-Grundrechten läßt also nicht den Schluß zu, daß auf Sachgebieten der für Deutsche reservierten Grundrechte für Ausländer kein Grundrechtsschutz besteht.<sup>249)</sup>

Spricht das Grundgesetz bestimmte Grundrechte nur Deutschen zu, so entsteht für Ausländer kein "grundrechtliches Vakuum", vielmehr können sich Ausländer dann auf allen Sachgebieten der Deutschen-Grundrechte und somit auch hinsichtlich des freien Zuges im Bundesgebiet, auch was den über ihren Menschenrechtskern hinausgehenden Bereich betrifft, auf das Grundrecht der freien Entfaltung der Persönlichkeit berufen, Art. 2 Abs. 1 GG.<sup>250)</sup>

Das bedeutet jedoch noch keine verfassungsrechtliche Gleichstellung mit den Deutschen. Das Grundrecht der freien Entfaltung der Persönlichkeit steht vielmehr u.a. unter dem Vorbehalt der "verfassungsmäßigen Ordnung". Rechnet man unter diesen Begriff mit dem Bundesverfassungsgericht jede Rechtsnorm, die formell und materiell der Verfassung gemäß ist und ergibt sich damit, daß die Grenzen für die Einschränkung der Bürgerrechte enger gezogen sind,<sup>248)</sup> so ist der Unterschied zur verfassungsrechtlichen Stellung der Deutschen nicht völlig beseitigt.

Diese Auffassung vertritt neuerdings auch das Bundesverfassungsgericht (BVerfG, B. v. 18.7.1973, NJW 74, 227).<sup>251)</sup> Es führt aus: "Das Grundrecht aus Art. 2 Abs. 1 GG auf die freie Entfaltung der Persönlichkeit steht als allgemeines Menschenrecht auch Ausländern in der Bundesrepublik zu. Die Beschränkung des Grundrechts der Freizügigkeit auf Deutsche und auf das Bundesgebiet (Art. 11 GG) schließt nicht aus, auf den Aufenthalt von Menschen in der Bundesrepublik auch Art. 2 Abs. 1 GG anzuwenden. Der daraus folgende Schutz ist jedoch nur in dem durch Art. 2 Abs. 1 GG gezogenen Rahmen, besonders nur in den Schranken der verfassungsmäßigen Ordnung gewährleistet; zur verfassungsmäßigen Ordnung gehört jede Rechtsnorm, die formell und materiell mit der Verfassung in Einklang steht... Der Gesetzgeber ist danach grundsätzlich zu Regelungen über den Aufenthalt und die Ausweisung von Ausländern befugt."

Die Möglichkeit zur Einschränkung des Grundrechts aus Art. 2 Abs. 1 GG ist jedoch dadurch begrenzt, daß in keinem Fall sein Wesensgehalt angetastet werden darf, Art. 19 Abs. 2 GG.<sup>252)</sup> Orientiert man den Wesensgehalt eines Grundrechts am Gebot der Wahrung der Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 und 2 GG),<sup>253)</sup> so ergibt sich, daß auf diese Weise der vor allem von D ü r i g (s.o.S. 43 ff.) vertretenen Auffassung von der Existenz eines Menschenrechtskern auch auf den Sachgebieten der Deutschen-Grundrechte durchaus entsprochen werden kann, auch ohne daß eine "Aufschließung" dieser Grundrechte zugunsten auch der Ausländer ins Auge gefaßt werden müßte.

Wendet man Art. 2 Abs. 1 GG auf den Aufenthalt von Ausländern im Bundesgebiet an, so stellt sich zwangsläufig die Frage, ob auch deren E i n r e i s e durch das Grundrecht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit verbürgt ist. Das Bundesverfassungsgericht (BVerfG, B. v.

18.7.1973, NJW 74, 227) hat sich hierzu nicht geäußert, da es nur über die Grundrechtsposition der Ausländer in der Bundesrepublik Deutschland zu entscheiden hatte.

Die Auffassung, daß Art. 2 Abs. 1 GG Ausländern auch ein Grundrecht auf Einreise vermittelt, ist bisher, soweit ersichtlich, nur von Z u l e e g<sup>254)</sup> vertreten worden.

Die Ableitung eines Einreise-Grundrechts und dessen Schranken aus Art. 2 Abs. 1 GG würde voraussetzen, daß das Grundrecht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit in der Lage ist, sich zugunsten im Ausland befindlicher Ausländer auszuwirken. Vorstehend S.42 wurde im Anschluß an die Feststellung, daß das Asylrecht (Art. 16 Abs. 2 S. 2 GG) die Möglichkeit des Vorhandenseins weiterer Einreise-Grundrechte nicht von vornherein auszuschließen vermag,<sup>255)</sup> ausgeführt, daß für jedes einzelne Spezialgrundrecht, welches die Verfassung auch Ausländern einräumt, geprüft werden muß, ob mit der Gewährung eines solchen Rechtes gleichzeitig die Befugnis seiner Wahrnehmung gerade auf dem Boden der Bundesrepublik Deutschland und damit auch ein Grundrecht auf Einreise erteilt ist.

Läßt sich bei Spezialgrundrechten auf Grund ihres besonderen Sachbezugs u.U. eine solche zwar unausgesprochene aber doch gewollte Verknüpfung gerade auch mit der Aufenthaltnahme feststellen (so z.B. im Falle des Art. 6 Abs. 1 GG, s.S.168ff.), so kann bezüglich des Grundrechts auf freie Entfaltung der Persönlichkeit kaum eine Absicht des Grundgesetzgebers angenommen werden, daß zum Zwecke der Ausübung eines so allgemein gehaltenen Grundrechts zusätzlich ein Grundrecht auf Einreise verliehen werden sollte. Vielmehr wird für



Art. 2 Abs. 1 GG davon auszugehen sein, daß dieses Recht Ausländern nur als Folge der Zulassung ihres Aufenthalts gewährt wird. Wenn auch das Asylrecht (Art. 16 Abs. 2 S. 2 GG) nicht als abschließende Regelung der Frage nach einem Einreise-Grundrecht angesehen werden kann,<sup>255)</sup> sondern ein aus anderen Spezialgrundrechten abgeleiteter diesbezüglicher grundrechtlicher Schutz möglich erscheint (so z.B. im Falle des Art. 6 Abs. 1 GG. S.S.168 ff.) so wird man doch sagen müssen, daß diesen Fällen ein Ausnahmecharakter zukommt, welcher es verbietet, das Vorhandensein eines allgemeinen, auf Art. 2 Abs. 1 GG gestützten Grundrechts auf Einreise anzunehmen.<sup>256)</sup>

Bei solcher Betrachtungsweise liegt natürlich der Einwand nahe, daß es inkonsequent sei, auf der einen Seite mit dem Bundesverfassungsgericht (a.a.O.S. 227) auf den Aufenthalt sich bereits in der Bundesrepublik Deutschland aufhaltender Ausländer Art. 2 Abs. 1 GG anwenden und auf der anderen Seite die Einreise der Garantie dieses Grundrechts entziehen zu wollen.<sup>257)</sup> Doch wird man eine unterschiedliche Behandlung der Ausländer in Bezug auf ihre grundrechtliche Ausstattung, je nach dem, ob es sich (noch) um gebietsfremde oder um schon der Gebietshoheit der Bundesrepublik Deutschland unterfallende Ausländer handelt, nicht als willkürlich bezeichnen können und deshalb für zulässig erachten müssen, und zwar auch dann, wenn es sich, wie hier, um ein und dasselbe Grundrecht handelt. Im übrigen entfaltet das Grundrecht aus Art. 2 Abs. 1 GG angesichts des weiten Schrankenvorbehalts der "verfassungsmäßigen Ordnung" für die im Bundesgebiet bereits anwesenden Ausländer im wesentlichen wohl nur insofern Wirkung, als unter Berufung auf dieses Grundrecht Verstöße gegen das Rechtsstaatsprinzip gerügt werden können.<sup>258)</sup>



## D. Das Verwaltungsrecht

### I. Ausländer mit Normalstatus

#### 1. § 1 Abs. 1 Ausländergesetz als Ausgangsbestimmung

§ 1 Abs. 1 Ausländergesetz (AuslG) wurde auf Grund der Beratungen des Innenausschusses des Deutschen Bundestages an die Spitze des AuslG gestellt um, wie der Ausschußbericht besagt, "den das Gesetz beherrschenden Grundgedanken des Einreise- und Aufenthaltsrechts der Ausländer Ausdruck zu verleihen".<sup>259)</sup> Wenn K a n e i n (a.a.O. S. 24) die Meinung vertritt, daß bereits aus dieser Bestimmung die grundsätzlich weltoffene Fremdenpolitik der Bundesrepublik Deutschland entnommen werden könne, so kann dieser weitgehenden Auffassung wohl nur mit Vorbehalt beigetreten werden. Es ist zwar nicht zu übersehen, daß der Gesetzgeber eine an sich auch mögliche negative Fassung der Norm etwa des Inhalts: "Ausländer können in den Geltungsbereich dieses Gesetzes weder einreisen noch sich darin aufhalten, es sei denn, dieses Gesetz bestimmt etwas anderes" vermieden hat. Jedoch erfährt die bewußt gewählte positive Fassung des Gesetzes durch den Zusatz "nach Maßgabe dieses Gesetzes" eine so starke potentielle inhaltliche Einschränkung, daß es ratsam erscheint, den grundsätzlichen Charakter des Ausländergesetzes erst den nachfolgenden Normen zu entnehmen.<sup>260)</sup>

§ 1 Abs. 1 AuslG läßt aber für sich allein besehen noch nicht den Schluß zu, daß Ausländer kein subjektives öffentliches Recht auf Einreise und Aufenthalt zusteht, wie K a n e i n in gewissem Widerspruch zu seiner vorstehend geschilderten Auffassung meint: denn es wäre immerhin denkbar, daß Ausländern nach Maßgabe der nachfolgenden Vorschriften unter bestimmten Voraussetzungen ein solcher

Anspruch zuerkannt wird. Vielmehr wird man auf Grund § 1 Abs. 1 AuslG nur sagen können, daß Ausländer offenbar nicht schrankenlos in die Bundesrepublik Deutschland einreisen und sich darin aufhalten können, sondern den nachfolgenden besonderen Bestimmungen des AuslG unterworfen sind.<sup>261)</sup>

In gleicher Weise bringt § 1 Abs. 1 AuslG für sich betrachtet, entgegen K a n e i n , noch nicht zum Ausdruck, daß Einreise und Aufenthalt rechtlich als Einheit behandelt werden,<sup>262)</sup> da die nachfolgenden Gesetzesvorschriften anderes anordnen könnten.

§ 1 Abs. 1 AuslG kann deshalb nicht als eine selbständige materiellrechtliche Norm und auch nicht als Auslegungsregel für die übrigen Normen des AuslG angesehen werden.<sup>263)</sup>

## 2. Die Aufenthaltserlaubnis (§ 2 Abs. 1 S. 1 und 2 AuslG)

Nach § 2 Abs. 1 S. 1 AuslG bedarf ein Ausländer, der in die Bundesrepublik Deutschland oder nach Westberlin einreisen oder sich darin aufhalten will, einer A u f e n t - h a l t s e r l a u b n i s (AE).

### a) Begriff der Einreise und des Aufenthalts

Unter Einreise versteht das Gesetz den rein tatsächlichen Vorgang des Überschreitens der Grenze der Bundesrepublik Deutschland in Richtung auf deren Staatsgebiet, wobei die Art und Weise des Grenzübertritts unerheblich ist. Ein Ausländer kann also zu Fuß, mit dem Kfz., Bahn, Schiff oder Flugzeug einreisen. Auch ein blinder Passagier reist

ein oder auch die Fluggäste eines in der Bundesrepublik Deutschland notlandenden Flugzeugs. Auch wer versehentlich in das Staatsgebiet der Bundesrepublik Deutschland gelangt, ist eingereist.<sup>264)</sup>

Unter Aufenthalt ist die Tatsache des Sichbefindens innerhalb des Staatsgebietes der Bundesrepublik Deutschland zu verstehen. Der Begriff "Aufenthalt" ist nicht zu verwechseln mit dem engeren Begriff "Niederlassung". Als solche bezeichnet man den Aufenthalt eines Ausländers, der auf eine längere Dauer der Anwesenheit im Staatsgebiet abzielt und mit der Begründung eines festen Wohnsitzes verbunden ist.<sup>265)</sup>

Die Begriffe Einreise und Aufenthalt stehen somit in einem inneren Zusammenhang:<sup>266)</sup> der Aufenthalt eines Ausländers stellt sich als die unvermeidliche Folge seiner Einreise dar. Die Einreise ist "der technische Teil des Beginns des Aufenthalts".<sup>267)</sup> Wer also einreist, begründet damit gleichzeitig, unabhängig von seinem Willen, seinen Aufenthalt.

#### b) Einheitliche rechtliche Behandlung

Aus den §§ 2 und 3 AuslG ergibt sich, daß das Gesetz den Vorgang der Einreise in die Bundesrepublik Deutschland und den Zustand des Sichaufhaltens im Bundesgebiet rechtlich als Einheit behandelt, denn sowohl die Einreise als auch der Aufenthalt sind an die Erteilung ein und derselben Aufenthaltserlaubnis geknüpft. Das AuslG hat insofern eine neue Rechtslage geschaffen. Zuvor galten für die Einreise einerseits und den Aufenthalt andererseits

jeweils besondere Vorschriften mit demgemäß nicht übereinstimmenden Voraussetzungen: Das Paßgesetz v. 4.3.1952 (BGBl. I S. 290) forderte für die Einreise eines Ausländers einen Einreisesichtvermerk und die Ausländerpolizeiverordnung (APVO) vom 22.8.1938 (RGBl. I S. 1053) verlangte für den Aufenthalt zusätzlich eine AE. Aus den verschiedenen Voraussetzungen ergaben sich jedoch zwangsläufig Schwierigkeiten. Deshalb hat das AuslG in seinem § 55 Abs. 2 sowohl die APVO als auch die Anwendbarkeit des Paßgesetzes auf Ausländer aufgehoben und Einreise wie Aufenthalt in seinen §§ 2 und 3 einer einheitlichen rechtlichen Behandlung zugeführt,<sup>268)</sup> indem es nicht nur den Aufenthalt, sondern auch die Einreise von der Erteilung ein und derselben AE abhängig macht.

#### c) Ausnahmen vom Zwang zur Aufenthaltserlaubnis

Grundsätzlich bedarf nach § 2 Abs. 1 S. 1 AuslG jeder Ausländer ohne Sonderstatus einer AE, und zwar gleichgültig, wie lange und zu welchem Zweck er sich in der Bundesrepublik Deutschland aufhalten will.<sup>269)</sup> Hiervon sieht das Gesetz jedoch Ausnahmen vor: Befreiung vom Erfordernis der AE besteht einmal für einen Ausländer, der das 16. Lebensjahr noch nicht vollendet hat (§ 2 Abs. II Nr. 1 AuslG). Außerdem ermächtigt § 2 Abs. 3 AuslG den Bundesminister des Inneren zur Erleichterung des Aufenthalts von Ausländern zum Erlaß weiterer Ausnahmen: dieser hat im Interesse der Liberalisierung des Reiseverkehrs von dieser Ermächtigung mittels Erlaß der Verordnung zur Durchführung des Ausländergesetzes (DV) in der Fassung vom 12.3.1969 Gebrauch gemacht.

§ 1 DV enthält einen umfangreichen Katalog von Ausnahmen vom Erlaubniszwang:

Gemäß § 1 Abs. Nr. 1 DV sind zunächst Ausländer ausgenommen, die Inhaber von Ausweisen für den kleinen Grenzverkehr und den Touristenverkehr sind, wenn sich ihr Aufenthalt auf den Geltungsbereich des Ausweises beschränkt. Außerdem sind vom Erlaubniszwang Abgeordnete der Beratenden Versammlung des Europarates sowie ausländische Mitglieder und ausländische Bedienstete der Organe der Europäischen Gemeinschaft ausgenommen (§ 1 Abs. 1 Nr. 2 DV). Vor allem aber bedürfen Ausländer keiner AE, welche sich nur für kurze Zeit auf dem Wege der Durchreise in der Bundesrepublik Deutschland aufhalten, z.B. ausländische Flug- und Schiffspassagiere sowie unter bestimmten Voraussetzungen Fluglinien- und Schiffspersonal (§ 1 Abs. 1 Nr. 3 bis 9 DV). Auch bedürfen Ausländer keiner AE, die bei Unglücks- oder Katastrophenfällen Hilfe leisten oder in Anspruch nehmen wollen (§ 1 Abs. 1 Nr. 10 DV).

Sehr wichtig ist Abs. 2 des § 1 DV:

Danach bedürfen unter bestimmten Voraussetzungen keiner AE die Staatsangehörigen solcher Staaten, welche der Bundesminister des Inneren in einer Anlage zur DV aufgeführt hat (sogenannte *P o s i t i v l i s t e*), falls sie Inhaber von Nationalpässen oder anerkannten Personalausweisen sind. Es handelt sich hierbei um Staaten, mit denen die Bundesrepublik Deutschland diplomatische Beziehungen unterhält und deren Angehörige keiner Rückkehrerlaubnis bedürfen bzw. um Staaten, mit denen die Bundesrepublik Deutschland durch zwischenstaatliche Vereinbarungen die Aufhebung des Sichtvermerkzwangs vereinbart hat.<sup>270)</sup>

Ist im konkreten Fall ein Ausländer Angehöriger eines in der Positivliste aufgeführten Staates, so bedarf er z.B. dann keiner AE, wenn er sich nicht länger als drei Monate im Geltungsbereich des AuslG aufhalten u n d keine Erwerbstätigkeit ausüben will, § 1 Abs. 2 Nr. 1 DV. Diese Vorschrift erleichtert vor allem den Besuchs- bzw. Touristenaufenthalt. Ebenfalls besteht eine Befreiung, allerdings zeitlich beschränkt auf 2 Monate, für eine Erwerbstätigkeit im Rahmen von künstlerischen, wissenschaftlichen oder sportlichen Darbietungen, § 1 Abs. 2 Nr. 3 DV.

Gegebenenfalls besteht die Befreiung von der AE aus mehreren Gründen gleichzeitig. Auch ist es möglich, daß nach Ablauf eines Privilegs ein anderer Befreiungsgrund neu zum Zuge kommt. Vollendet z.B. ein Ausländer während seines Aufenthalts in der Bundesrepublik Deutschland sein 16. Lebensjahr, so bedarf er zur Fortsetzung seines Aufenthalts dann keiner AE, wenn bei einer gedachten Einreise erst zu diesem Zeitpunkt ein anderer Befreiungsgrund Platz greift, wenn er beispielsweise, ohne eine Erwerbstätigkeit auszuüben, nur noch 3 Monate in der Bundesrepublik Deutschland bleiben will (§ 1 Abs. 2 Nr. 1 DV).<sup>271)</sup>

Die Befreiungstatbestände wurden teilweise eingeführt, weil man glaubte, daß ein nur kurzer Aufenthalt des Ausländers die deutschen Belange nicht oder nur geringfügig zu beeinträchtigen in der Lage sein wird (eine Annahme, die natürlich enttäuscht werden kann!) und weil der Verwaltungsaufwand in diesen Fällen unverhältnismäßig hoch erschien.<sup>272)</sup>

Als Ausnahmenvorschriften vom Grundsatz der Pflicht zur AE können die Normen des § 1 Abs. 1 und 2 DV nicht analog auf andere Ausländer ausgedehnt werden.<sup>273)</sup>



Der Verordnungsgeber ist nach § 2 Abs. 4 AuslG ermächtigt, zu bestimmen, daß Ausländer, die keiner AE bedürfen, ihren Aufenthalt **a n z u z e i g e n** haben. In § 2 Abs. 1 DV hat der Bundesminister des Inneren hiervon aber nur sehr zurückhaltend Gebrauch gemacht.

Wenn auch ein Ausländer mit Normalstatus bei Erfüllung vorstehend geschilderter Voraussetzungen keiner AE für Einreise und Aufenthalt bedarf, so darf das nicht zu dem Schluß verleiten, daß ein solcher Ausländer damit ein Recht auf Aufenthalt in der Bundesrepublik Deutschland besitze. Er unterliegt vielmehr im übrigen voll dem AuslG: Unberührt bleibt zunächst der Paßzwang für Einreise und Aufenthalt (§ 3 AuslG). Nach § 7 Abs. 5 i.V.m. Abs. 1, 3 und 4 AuslG besteht außerdem die Möglichkeit, den Aufenthalt des Ausländers durch Verwaltungsakt (VA) von Anfang an räumlich zu beschränken, sowie an Bedingungen und Auflagen zu knüpfen. Es kann sich hierbei jedoch nicht um Bedingungen und Auflagen im eigentlichen Sinne handeln, da es an einer Hauptregelung, nämlich der AE eben, gerade fehlt. Es sind vielmehr selbständige Verfügungen zu treffen. Diese Beschränkungen können auch erst nachträglich angeordnet werden. Dies dürfte die Regel sein, da die Ausländerbehörden (§20 AuslG) von den Fällen erlaubnisfreien Einreisens erst durch die **A n z e i g e** des Aufenthalts gemäß § 2 DV erfahren werden, § 7 Abs. 4 AuslG.

Es ist jedoch nicht zulässig, den Aufenthalt schon bei der Einreise zeitlich zu beschränken. Denn zum einen müßte es widersinnig erscheinen, die Einreise und den Aufenthalt nun doch wieder zeitlich zu beschränken, obwohl in den Fällen des § 1 Abs. 2 Nr. 1 bis 3 DV die Befreiung von der AE für eine ganz bestimmte Zeit des Aufenthalts angeordnet worden ist.

Denn dadurch hat der Verordnungsgeber gerade festgelegt, daß der Aufenthalt für diesen Zeitraum erlaubnisfrei sein soll (dieses Argument kann allerdings keine Bedeutung haben bei Befreiungstatbeständen ohne zeitliche Grenze, wie z.B. die Fälle des § 1 Abs. 1 und 2 Nr. 4 DV). Zum anderen ergibt sich diese Feststellung aus § 7 Abs. 5 AuslG, der nicht auf Absatz II verweist, in dem die Befristung einer AE geregelt ist.<sup>274)</sup>

Zweifelhaft mag es jedoch sein, ob auch eine nachträgliche zeitliche Einschränkung rechtlich unzulässig ist, denn § 7 Abs. 5 AuslG verweist auf Abs. 4, der von einer solchen Beschränkung spricht. Jedenfalls kann die Verneinung der Möglichkeit zur Verhängung einer nachträglichen zeitlichen Beschränkung wohl nicht damit begründet werden, daß eine solche schon deshalb ausscheide, weil Abs. 5 nicht auf Abs. 2 verweise, welcher die Möglichkeit einer Befristung einräume.<sup>275)</sup> Denn aus dem Aufbau der Absätze 1 bis 4 des § 7 AuslG läßt sich folgendes ersehen: in Abs. 1 sind die räumlichen, in Abs. 2 die zeitlichen und in Abs. 3 die mittels Auflagen und Bedingungen erreichbaren Beschränkungen festgelegt, ohne daß zwischen sofortigen oder nachträglichen Beschränkungen unterschieden wird. Wenn nun Abs. 4 speziell von der Möglichkeit der erst nachträglichen Beschränkung handelt, so kann daraus geschlossen werden, daß die Abs. 1 bis 3 nur die sofortigen Beschränkungen behandeln wollen. Das gilt auch für die zeitliche Beschränkung nach Abs. 2 des § 7 AuslG. Verweist nun Abs. 5 zwar nicht auf Abs. 2, wohl aber auf Abs. 4, so kann dadurch sehr wohl auch auf die Möglichkeit des Erlasses einer nachträglichen zeitlichen Schranke hingewiesen sein. Mit anderen Worten: aus der Nichtverweisung auf Abs. 2 kann nicht die Unzulässigkeit einer nachträglichen zeitlichen Beschränkung hergeleitet werden.

Ebensowenig kann ein Verbot einer nachträglichen zeitlichen Beschränkung damit begründet werden, daß eine Befristung der AE (Abs. 2) die Festsetzung nicht nur eines Endes, sondern auch eines Beginns beinhalte, beim Fehlen eines Erfordernisses einer Erlaubnis aber der Beginn des erlaubten Aufenthaltes nicht bestimmt werden könne.<sup>276)</sup> Denn einmal kann der zeitlich beschränkende VA selbst einen Fristbeginn festsetzen und zum anderen ist in Abs. 4, auf den der Abs. 5 verweist, nicht von einer Befristung, sondern nur von einer nachträglichen zeitlichen Beschränkung die Rede. Diese erfordert aber keinen Fristbeginn, sondern nur die Bekanntgabe des Endigungszeitpunktes. Die Lösung des Problems muß deshalb aus anderen Kriterien gewonnen werden:

Unstreitig kann der Aufenthalt auch noch nachträglich durch eine auflösende Bedingung im weiteren Sinn eingeschränkt werden. Gleichgültig, welchen Inhalt die Bedingung besitzt, so muß ihre Nichterfüllung, soll überhaupt ein Unterschied zur ebenfalls möglichen Auflage bestehen, die Beendigung des Aufenthalts, jedenfalls des Aufenthalts ohne AE zur Folge haben. Für den Fall der auflösenden Bedingung ist es somit anerkannt, daß eine Beendigung des Aufenthalts ohne AE möglich ist. Auch hier handelt es sich im Ergebnis also um eine zeitliche Begrenzung des Aufenthalts ohne AE. Eine nachträgliche zeitliche Beschränkung kann also nicht unter dem Gesichtspunkt der Zeitgrenze problematisch sein. Bedenken können sich allenfalls in Hinblick darauf ergeben, daß es sich in der Sache um eine Verschärfung der Beschränkungsmöglichkeiten handelt, wenn man dem Ausländer keine Möglichkeit gibt, durch einwandfreies Verhalten die Beendigung seines Aufenthalts durch die Behörden zu vermeiden (wie ihm dies durch sorgfältiges Beobachten einer Bedingung normalerweise gelingen wird). Gegen eine solche Verschärfung bestehen aber keine

Bedenken, denn § 7 Abs. 5 AuslG eröffnet die Möglichkeit, nicht nur zwischen der Gestattung des weiteren Aufenthalts und einer auch hier nach § 10 AuslG immer möglichen Ausweisung zu wählen, wobei die Ausweisung für den Ausländer die u.U. höchst unangenehme Folge des völligen oder befristeten Ausschlusses der Erteilung einer künftigen Aufenthaltserlaubnis nach sich zieht, § 15 Abs. 1 AuslG (hierzu näher S.220ff.), sondern durch § 7 Abs. 5 AuslG soll auch die Verfügung weniger einschneidender Maßnahmen möglich sein und somit dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit der Mittel Genüge getan werden.<sup>277)</sup> Die nachträgliche zeitliche Begrenzung des Aufenthalts eines Ausländers ohne Aufenthaltsgenehmigung ist deshalb zulässig, wenn auch nur nach sorgfältiger Prüfung ihrer Verhältnismäßigkeit. Der Wortlaut des Gesetzes stimmt mit diesem Ergebnis überein (§ 7 Abs. 5 u. 4 AuslG).<sup>278)</sup>

Ein Ausländer, der keiner Aufenthaltserlaubnis bedarf, kann auch ausgewiesen werden (§ 10 AuslG). Dies ist allgemeine Meinung<sup>279)</sup> und ergibt sich mittelbar aus § 9 Abs. 2 S. 1, 1. Alt.AuslG, der davon spricht, daß die Befreiung von der Aufenthaltserlaubnis entfällt, wenn der Ausländer ausgewiesen worden ist.

Aus allem ergibt sich, daß einem Ausländer, der ohne Aufenthaltserlaubnis in die Bundesrepublik Deutschland einreisen und sich darin aufhalten kann, noch kein Recht auf Aufenthalt zusteht.<sup>280)</sup>

### 3. Formen der Aufenthaltserlaubnis

Abgesehen von den zuvor geschilderten, allerdings umfangreichen Befreiungs- und Ausnahmetatbeständen bedarf jeder Ausländer, der keinen Sonderstatus besitzt, nach § 2 Abs. 1 S. 1 AuslG für Einreise und Aufenthalt einer Aufenthaltserlaubnis (AE).

§ 5 AuslG stellt verschiedene Formen der Erteilung einer AE zur Verfügung.

#### a) Erteilung der Aufenthaltserlaubnis vor oder nach der Einreise

Die AE kann im Regelfall sowohl vor der Einreise des Ausländers, als auch nach dessen Einreise erteilt werden, § 5 Abs. 1 AuslG. Dem Ausländer ist infolgedessen erlaubt, zu wählen, ob er seinen Antrag schon vor der Einreise oder erst nachher stellen will. Entscheidet er sich für letzteres, so kann er ohne AE, aber dennoch legal, in die Bundesrepublik Deutschland einreisen. Er ist jedoch verpflichtet, nach der Einreise unverzüglich, d.h. ohne schuldhaftes Zögern, die AE zu beantragen, § 21 Abs. 1, S. 2 AuslG. die Stellung dieses Antrages hat die Rechtswirkung, daß sein weiterer Aufenthalt bis zur Entscheidung der Ausländerbehörde über den Antrag auf AE vorläufig als erlaubt gilt, § 21 Abs. 3 S. 1 AuslG.

Will ein Ausländer längere Zeit in der Bundesrepublik Deutschland bleiben und erfordert der Zweck seines geplanten Aufenthalts größere finanzielle Aufwendungen und sonstige Vorbereitungen, so wird es für ihn zweck-



mäßig sein, schon vor seiner Einreise einen Antrag auf AE zu stellen. Er kann diesen Antrag direkt an die für ihn zuständige Ausländerbehörde in der Bundesrepublik Deutschland richten, § 20 Abs. 1 S. 2 AuslG. Diese kann ihm die Aufenthaltserlaubnis oder den diesbezüglichen ablehnenden Bescheid ins Ausland übersenden, wobei die Versagung der Aufenthaltserlaubnis vor der Einreise keiner Begründung und Rechtsbehelfsbelehrung bedarf, (§ 23 Abs. 2 AuslG ). Die Ausländerbehörde ist jedoch nicht verpflichtet, über den Antrag vor der Einreise endgültig sachlich zu entscheiden, wenn sie besondere Bedenken hat und zu deren Ausräumung z.B. eine persönliche Vorstellung des Antragstellers für erforderlich hält.<sup>281)</sup> Sie darf sich jedoch nicht in Schweigen hüllen, sondern muß dem Antragsteller mitteilen, daß sie eine endgültige Entscheidung vor seiner Einreise nicht treffen will.<sup>282)</sup> Stellt der Ausländer den Antrag vor seiner Einreise bei einer deutschen Auslandsvertretung, so kann sie ihm die AE nur in Form eines Sichtvermerkes (siehe dazu unten S.9off.) und dies nur mit Zustimmung der zuständigen Ausländerbehörde (§ 20 Abs. 1 AuslG ) erteilen.

In Abweichung von der in Abs. 1 des § 5 AuslG normierten Wahlmöglichkeit ermächtigt Abs. 2 den Bundesminister des Inneren für den Fall, daß Belange der Bundesrepublik Deutschland es erfordern, zum Erlaß einer Rechtsverordnung des Inhalts, daß eine AE bereits vor der Einreise eingeholt werden muß. Es wird ihm dabei für die jeweils regelungsbedürftigen Fälle die an den Sicherheitsbelangen orientierte Wahl zwischen zwei Formen der AE eingeräumt: Er kann sich auf die Anordnung einer AE "vor der Einreise" beschränken. Die Rechtsverordnung kann aber



auch bestimmen, daß eine AE " vor der Einreise in Form eines Sichtvermerks " eingeholt werden muß.

b) Sichtvermerk (Visum)

Die Spielart einer AE "vor der Einreise in Form des Sichtvermerks" stellt eine in der Bundesrepublik erst durch das AuslG vom 28.4.1965 neu eingeführte Rechtsfigur dar.

Vor dem Inkrafttreten des AuslG erfüllte der Sichtvermerk (Visum) lediglich die Aufgabe der Legitimation der Einreise, während für den Aufenthalt selbst zusätzlich eine AE nötig war (s.S. 80 ff.).

Damit stand das Recht der Bundesrepublik Deutschland nicht im Einklang mit der diesbezüglichen Regelung des Reiseverkehrs durch die meisten übrigen Staaten, welche dem Eintrag des Sichtvermerks durch ihre diplomatischen oder konsularischen Vertretungen nicht nur die Rechtswirkung der Erteilung der Einreiseerlaubnis, sondern auch diejenige der Aufenthaltsgestattung zumessen.<sup>283)</sup>

Wird durch eine AE nunmehr nicht nur der Aufenthalt als solcher, sondern bereits auch die Einreise gestattet (vgl. § 2 Abs. 1 S. 1 AuslG) und sieht § 5 Abs. 2 AuslG auch eine "AE in Form des Sichtvermerks" vor, so hat das AuslG eine Angleichung an das innerstaatliche Recht der meisten übrigen Staaten gebracht. Der Sichtvermerk stellt also eine Aufenthaltserlaubnis dar, die sich nach den gleichen Bestimmungen richtet, wie eine nach der Einreise erteilte AE.

Der Bundesminister des Inneren hat von der Ermächtigung des § 5 Abs. 2 AuslG in der Weise Gebrauch gemacht, daß er in § 5 DV für bestimmte Gruppen von Ausländern die Notwendigkeit der "AE vor der Einreise in der Form des Sichtvermerks" vorschreibt. Die Möglichkeit, auch eine AE "vor der Einreise" anzuordnen, wurde bisher noch nicht ausgenützt.

Die Notwendigkeit einer AE in Form eines Sichtvermerks ergibt sich vor allem in folgenden Fällen:  
Eines Sichtvermerks bedürfen Staatenlose (§ 5 Abs. 1 Nr. 3 DV) und die Staatsangehörigen jener Staaten, die nicht in der Anlage zu der DV (Positivliste) aufgeführt sind (§ 5 Abs. 1 Nr. 2 DV ; d.h. in erster Linie die Angehörigen der Ostblockstaaten), insbesondere aber diejenigen Ausländer, welche mit der Absicht der Ausübung einer Erwerbstätigkeit in die Bundesrepublik Deutschland einreisen wollen (§ 5 Abs. 1 Nr. 1 DV). (Reist ein Ausländer allerdings zunächst nur zu Besuchszwecken ein und entschließt er sich erst anschließend zur Aufnahme einer Erwerbstätigkeit, so kann er die AE nach der Einreise einholen).  
Mit dieser Notwendigkeit für die letztgenannte Gruppe versucht man den Strom der Gastarbeiter zu steuern und unter Kontrolle zu halten. Unter Erwerbstätigkeit in diesem Sinn ist eine selbständige oder unselbständige Erwerbstätigkeit zu verstehen, die darauf abstellt, Gewinn zu erzielen oder für die ein Entgelt vereinbart oder den Umständen nach zu erwarten ist, d.h. auch Praktikanten, Lehrlinge oder Volontäre bedürfen, wenn sie ein Entgelt beziehen, eines Sichtvermerks. Keinen Sichtvermerk benötigen dagegen Stipendiaten u. Ausländer, die nur zu geschäftlichen Besprechungen in die Bundesrepublik Deutschland reisen wollen,

da dies nicht als eine unmittelbare Erwerbstätigkeit angesehen werden kann.<sup>284)</sup>

Ausnahmsweise bedürfen auch jene Ausländer, die einer Erwerbstätigkeit nachgehen wollen, aber in Besitz einer *L e g i t i m a t i o n s k a r t e* sind, keiner AE in Form eines Sichtvermerks. Die Legitimationskarte, die von einer im Ausland tätigen Stelle der Bundesanstalt für Arbeitsvermittlung und Arbeitslosenversicherung ausgestellt wird (§ 5 Abs. 4 DV), enthält die Arbeitserlaubnis des Ausländers für eine Tätigkeit in der Bundesrepublik Deutschland. Sie wird von der bezeichneten Stelle dann erteilt, wenn der Ausländer vor ihr das sogenannte Kommissionsverfahren, in dem die berufliche und gesundheitliche Eignung des Ausländers für die angebotene Tätigkeit geprüft wird, durchlaufen hat. Das Verfahren beruht auf Verträgen, welche die Bundesrepublik Deutschland mit verschiedenen ausländischen Staaten zum Zwecke der Steuerung des Zustroms von Gastarbeitern geschlossen hat. Solche sogenannten *A n w e r b u n g s v e r e i n b a r u n g e n* wurden bisher mit Griechenland, Italien, Jugoslawien, Marokko, Portugal, Spanien,<sup>285)</sup> Tunesien und der Türkei abgeschlossen. Es ist jedoch ausdrücklich darauf hinzuweisen, daß die Legitimationskarte den Ausländer nur der Notwendigkeit enthebt, die AE schon vor der Einreise in Form eines Sichtvermerks zu beantragen. Nach der Einreise muß er daher einen Antrag auf Aufenthaltserlaubnis stellen.<sup>286)</sup>

Für die Erteilung einer AE in der Form des Sichtsvermerks sind grundsätzlich die vom Auswärtigen Amt ermächtigten Auslandsvertretungen ausschließlich sachlich zuständig, § 20 Abs. 4 S. 1 AuslG. Es kommen hierfür

deutsche Botschaften, Gesandtschaften und Konsulate in Betracht. Unterhält jedoch die Bundesrepublik Deutschland mit einem ausländischen Staat keine diplomatischen Beziehungen, sind in der Regel die vom Auswärtigen Amt ermächtigten Auslandsvertretungen der jeweiligen Schutzmacht zuständig.<sup>287)</sup>

Die Normierung der Zuständigkeit der Auslandsvertretungen ist mit der Erwartung verknüpft, daß durch sie u.U. der wahre Aufenthaltswitz eines Ausländers besser eruiert werden kann. Hinzukommt, daß die sozialen und politischen Verhältnisse des Heimatlandes, welche für eine künftige Aufenthaltnahme in der Bundesrepublik Deutschland oft von großer Bedeutung sind, von den Auslandsvertretungen zutreffender beurteilt werden können.<sup>288)</sup> Die Vertretungen können verlangen, daß der Ausländer vor ihnen persönlich erscheint. Bevor eine Auslandsvertretung eine AE in Form eines Sichtvermerks einem Ausländer, der in der Bundesrepublik Deutschland eine Erwerbstätigkeit ausüben oder sich länger als 3 Monate aufhalten will, erteilen kann, muß sie die Zustimmung der für den vorgesehenen Aufenthaltsort zuständigen Ausländerbehörde einholen (§ 5 Abs. 5 DV). Dadurch soll zusätzlich erreicht werden, daß auch i n n e r d e u t s c h e wirtschafts-, arbeits- und sicherheitspolitische Erwägungen hinreichend berücksichtigt werden können.<sup>289)</sup> Lehnt die Ausländerbehörde die Erteilung der Zustimmung ab, so ist es der Auslandsvertretung nicht gestattet, die AE als Sichtvermerk zu erteilen. Die Auslandsvertretung kann jedoch von sich aus den Antrag auf Erteilung der Aufenthaltserlaubnis ablehnen, ohne die Ausländerbehörden einschalten zu müssen. Hat sie die Ausländerbehörde um Stellungnahme gebeten, und hat diese ihre Zustimmung zur Erteilung der AE erklärt, so ist die Auslandsvertre-

tung hieran nicht gebunden; sie muß gleichwohl den Antrag ablehnen, wenn nach ihrer Meinung Belange der Bundesrepublik Deutschland beeinträchtigt sind.<sup>290)</sup> Die Zustimmung der Ausländerbehörde, die der deutschen Auslandsvertretung gegenüber abzugeben ist, stellt keinen Verwaltungsakt sondern ein reines Verwaltungsinternum dar.

In § 20 Abs. 4 S. 2 AuslG ist das Rechtsinstitut des **Ausnahmesichtvermerks** angesprochen. Es handelt sich hierbei um eine besondere Form der AE. Die Regelung der Voraussetzungen der Erteilung eines Ausnahmesichtvermerks hat das Gesetz der Verwaltung überlassen. Die Verwaltungsvorschrift zu § 5 AuslG bestimmt für den Fall, daß einem Ausländer, der einer AE in Form eines Sichtvermerks bedarf, aber (noch) keine besitzt, bei der Einreise ein Ausnahmesichtvermerk erteilt werden darf, wenn es eine unbillige Härte wäre oder erheblichen Belangen der Bundesrepublik Deutschland zuwiderlaufen würde, ihn für die Einreise auf die normale AE in Form des Sichtvermerks zu verweisen. Er darf jedoch selbst bei Vorliegen dieser Voraussetzungen nicht erteilt werden, wenn auch eine AE in Form eines Sichtvermerks nicht ergehen dürfte, also insbesondere nicht, wenn durch den Aufenthalt Belange der Bundesrepublik Deutschland beeinträchtigt würden. Ausnahmesichtvermerke erteilen nach § 20 Abs. 4 S. 2 AuslG die mit der Paßnachschauf beauftragten Behörden; das sind nach § 2 Nr. 2 des Bundesgrenzschutzgesetzes vom 18.8.1972 (BGBl. I S. 1834) die Grenzschutzbehörden. Bei einem Ausländer, dem nach § 5 Abs. 5 DV eine AE nur mit Zustimmung der Ausländerbehörden erteilt werden dürfte, darf auch der Ausnahmesichtvermerk nur mit Zustimmung der für den vorgesehenen Aufenthaltsort zuständigen Behörde gegeben werden.

Der Durchreisevermerk (§ 5 Abs. 3 AuslG) stellt nicht etwa eine Sondererlaubnis dar, vielmehr handelt es sich in Anbetracht der Tatsache, daß er nicht nur zur Einreise sondern auch zum Aufenthalt berechtigt, wenn auch nur zum Zweck der Durchreise, um einen Unterfall der AE.<sup>292)</sup>

Das Gesetz regelt zwar in § 5 Abs. 3 AuslG die sachlichen Voraussetzungen für die Erteilung eines Durchreisegesichtsvermerks, nicht jedoch wer eines Durchreisegesichtsvermerks bedarf. Zunächst läßt sich negativ feststellen, daß alle diejenigen, welche nach § 2 Abs. 2 und 3 AuslG in Verbindung mit § 1 DV von der AE-Pflicht freigestellt sind, sicher keines Durchreisegesichtsvermerks bedürfen. Eines Durchreisegesichtsvermerks bedarf aber auch derjenige Ausländer nicht, der zwar eine Aufenthaltserlaubnis benötigt, diese aber, wie es der Regelfall ist, auch nach seiner Einreise beantragen kann (§ 5 Abs. 1 AuslG). Ist ihm aber die nach § 21 Abs. 1 S. 2 AuslG erforderliche unverzügliche Antragstellung wegen zu kurzer Durchreisezeit kaum möglich, so kann ihm erst recht ein Abwarten der Entscheidung in der Bundesrepublik Deutschland nicht zugemutet werden. Man könnte also daran denken, daß sich der durchreisende Ausländer in diesem Fall schon vor der Einreise eine AE besorgen müßte. Solches ist jedoch in § 5 DV, welcher abschließend die Pflicht zur Einholung einer AE vor der Einreise in Form des Sichtvermerks regelt, nicht vorgesehen. Der VO-geber hat den einfacheren Weg gewählt und bei kurzen Aufenthalten grundsätzlich dahin entschieden, daß dann die Notwendigkeit einer AE ganz entfallen soll (§ 1 Abs. 2 Nr. 1 DV).



Der Durchreisesichtvermerk kann jedoch in Fällen bedeutsam werden, in denen ein Ausländer, wenigstens zunächst, das Gebiet der Bundesrepublik Deutschland nicht betreten darf. Beispielsweise darf ein Ausländer nicht in die Bundesrepublik Deutschland einreisen, wenn er zuvor aus ihrem Staatsgebiet ausgewiesen oder abgeschoben worden ist; solange eine eventuell erlassene Ausschußfrist läuft, muß er an der Grenze zurückgewiesen werden (§ 18 Abs. 1 S. 1 AuslG). Eine Aufenthaltserlaubnis mit und ohne Sichtvermerkszwang darf ihm nicht erteilt werden (§ 15 Abs. 1 AuslG). Obwohl hier die gesetzlichen Voraussetzungen für einen Aufenthalt nicht gegeben sind, kann einem solchen ausgewiesenen oder abgeschobenen Ausländer, wenn er lediglich die Durchreise beabsichtigt, ein Durchreisesichtvermerk erteilt werden, falls die fristgerechte Ausreise gesichert und die Durchreise Belange der Bundesrepublik Deutschland nicht beeinträchtigt, § 5 Abs. 3 AuslG. Das Verbot einer Aufenthaltserlaubnis nach § 15 Abs. 1 AuslG steht dann nicht entgegen.<sup>293)</sup> Die Erteilung des Durchreisesichtvermerks steht aber auch dann, wenn die Ausreise gesichert und Belange der Bundesrepublik Deutschland nicht gefährdet sein sollten, im pflichtgemäßen Ermessen.

c) Das Problem der sogenannten "illegalen Ausländer"

Problematisch gestaltet sich die Rechtslage, wenn Ausländer in die Bundesrepublik Deutschland eingereist sind, ohne daß sie sich in Besitz einer für sie erforderlichen AE vor der Einreise in Form eines Sichtvermerks befinden. Meist handelt es sich dabei um Ausländer, die zwar nach außen bei der Einreise als Touristen auftreten, aber von vornherein die Absicht haben, in der Bundesrepublik Deutschland Arbeit aufzunehmen, wozu sie aber eines Sichtvermerks bedürfen (§ 5 Abs. 1 Nr. 1 DV). Man

ist sich im wesentlichen einig darüber, daß die Ausländerbehörden solche sogenannten i l l e g a l e n A u s l ä n d e r wegen eines Verstoßes gegen das Aufenthaltsgesetz nach pflichtgemäßem Ermessen ausweisen dürfen (§ 10 Abs. 1 Nr. 6 AuslG). Dies gilt auch dann, wenn ein Ausländer durch nachträgliche Stellung eines Antrags auf AE (wie sogleich dargelegt werden wird) die vorläufige Legitimierung seines Aufenthalts nach § 20 Abs. 3 S. 1 AuslG herbeiführt; denn über diesen Antrag kann die Ausländerbehörde nicht nur durch einfache Ablehnung des Antrages, sondern auch im Wege einer Ausweisung entscheiden.<sup>294)</sup> Sie ist jedoch zur Verfügung der Ausweisung nicht verpflichtet und wird eine solche Maßnahme in Hinblick auf die gemäß § 15 AuslG eintretende weitreichende Folge des dauernden oder befristeten Gebietsverbotes im Einzelfall zu vermeiden suchen.

Strittig ist jedoch, ob dann wenigstens die AE zwingend versagt werden muß oder ob der illegale Aufenthalt nachträglich durch die Erteilung einer AE auch legalisiert werden kann. Ebenfalls umstritten ist die diesbezügliche Zuständigkeit.

K a n e i n (Komm. § 5 Anm. A und § 21 Anm. B 1), K l o e s e l - C h r i s t (Komm. § 21 Anm. 2) sowie M a r x e n (Komm. § 2 Anm. 27 sowie § 5 Anm. 6) vertreten die Auffassung, daß illegal eingereiste Ausländer nach § 21 Abs. 1 S. 2 AuslG unverzüglich einen Antrag auf AE stellen müßten, da sie ohne AE eingereist seien, einer solchen aber bedürften; denn Abs. 1 S. 2 des § 21 AuslG gelte auch für Ausländer, die nach § 5 DV einer AE vor der Einreise in Form eines Sichtsvermerks bedürfen. Für einen solchen Antrag sei die Ausländerbehörde gemäß § 20 Abs. 1 S. 1 AuslG zuständig (a.A. hierzu K a n e i n , Komm. § 21 Anm. B 1, der die Auslandsvertretungen für zu-

ständig hält). Der Antrag habe auch hier die Wirkung einer vorläufigen Legalisierung des Aufenthalts nach § 20 Abs. 3 S. 1 AuslG (so M a r x e n Komm. § 21 Anm. 8). Die Frage jedoch, ob die AE tatsächlich auch erteilt wird, richte sich nach § 2 Abs. 1 S. 2 AuslG: danach seien die Ausländerbehörden im Falle der illegalen Einreise nicht verpflichtet, die AE allein aus diesem Grunde zu versagen, vielmehr stehe ihnen auch dann ein Ermessungsspielraum zu, welcher allerdings von den Behörden in den meisten Fällen zurecht dahin genützt würde, daß die AE versagt wird.

Dagegen vertritt W e i ß m a n n (Komm. § 5 Anm. 6 und in der Zeitschrift "Die Polizei", 1968, S. 47 ff.) die Meinung, daß es nach der gesetzlichen Regelung nicht möglich sei, einem Ausländer nachträglich eine AE zum Zwecke der Ermöglichung der Arbeitsaufnahme zu erteilen, wenn er ohne Sichtvermerk eingereist ist. Ein solcher Antrag müsse vielmehr gemäß § 2 Abs. 1 S. 2 AuslG immer zwingend abgelehnt werden, weil Belange der Bundesrepublik Deutschland verletzt seien. Demzufolge könne die Antragstellung auf AE auch nicht die Wirkung der vorläufigen Legitimierung seines Aufenthalts nach § 21 Abs. 3 S. 1 AuslG entfalten (Weißmann Komm. § 21 Anm. 4).

Zu diesem Meinungsstreit ist folgendes zu bemerken: zunächst einmal muß man eine Verpflichtung des illegal eingereisten Ausländers zur Stellung eines Antrages auf AE bejahen, da § 21 Abs. 1 S. 2 AuslG zwischen einer AE, die ein Ausländer erst unmittelbar "nach seiner Einreise" und einer AE, die er schon "vor der Einreise in Form eines Sichtvermerks" benötigt, nicht unterscheidet, sondern in beiden Fällen eine gleichermaßen unverzügliche Antragstellung gefordert wird. Auch ist kein Grund ersichtlich, warum das Gesetz auf die Pflicht zur Stellung eines Antrages im Inland nun gänzlich verzichten

sollte, nur weil der Ausländer vorher seine Pflicht, den Antrag auf AE in Form eines Sichtvermerks zu stellen, nicht erfüllt hat.

Ist die Verpflichtung des illegal eingereisten Ausländers zur Antragstellung auf AE zu bejahen, so ist die weiterführende Frage, ob dieser Antrag auf AE die vorläufige Legitimierung seines Aufenthalts nach § 21 Abs. 3 S. 1 AuslG bewirkt, ebenfalls zu bejahen. Der Wortlaut der Vorschrift und vor allem ihr Sinn vermag die gegenteilige Ansicht Weißmanns (Komm. § 21 Anm. 4) nicht zu stützen.<sup>295)</sup> Der Ausländer soll ja auf seinen Antrag hin gerade eine Entscheidung darüber enthalten, ob sein Aufenthalt rechtmäßig ist. Bedenken dahingehend, daß eine vorläufige Legitimierung dem Interesse an einer schnellen Entfernung des Ausländers aus der Bundesrepublik Deutschland entgegenstehen würde, sind nicht begründet, da es der Ausländerbehörde unbenommen ist, entsprechend schnell über den Antrag zu entscheiden. Auch besteht für den illegal eingereisten Ausländer keine Möglichkeit, durch mehrmaliges Stellen des Antrags die vorläufige Rechtmäßigkeit seines Aufenthalts zu verlängern, denn sein Aufenthalt gilt nur bis zu dem Zeitpunkt als vorläufig erlaubt, zu dem die Ausländerbehörde über den zuerst gestellten Antrag im Sinne von § 21 Abs. 3 S. 1 AuslG entschieden hat.<sup>296)</sup>

Für die Entscheidung über den Antrag auf AE wäre die Ausländerbehörde nach § 20 Abs. 1 S. 1 AuslG zuständig; da aber der Ausländer nach § 5 DV eigentlich einer AE in Form eines Sichtvermerks bedarf, könnte auch die alleinige Zuständigkeit der Auslandsvertretungen in Frage kommen. § 20 Abs. 4 AuslG erklärt für Sichtvermerksangelegenheiten die Auslandsvertretungen nur im Ausland für zuständig. Diese Gebiets- und in ihrem Gefolge Zuständigkeitsbestimmung kann zum Anknüpfungspunkt nur den Aufenthaltsort des Ausländers zum Zeitpunkt der Antragstellung haben. Hält er sich bereits im Inland auf, so sollen für die Erteilung einer AE nach § 20 Abs. 1 S. 1 AuslG die Ausländerbehörden zuständig sein. Hält man die Ausländer

für verpflichtet, gemäß § 21 Abs. 1 S. 2 AuslG einen Antrag auf AE im I n l a n d zu stellen, so ist es nur konsequent, wenn hierüber auch die inländischen Auslandsbehörden zu entscheiden haben. In diesem Zusammenhang ist auch zu berücksichtigen, daß selbst dann, wenn der Antrag auf Aufenthaltserlaubnis von dem noch im Ausland weilenden Ausländer korrekterweise an die Ausl-Vertretung gerichtet wird, in den meisten Fällen, jedenfalls immer dann, wenn der Ausländer in der Bundesrepublik Deutschland einem Erwerb nachgehen will, nach § 5 Abs. 5 DV die Ausländerbehörde an der positiven Entscheidung der Auslandsvertretung, wenn auch nur verwaltungsintern, zu beteiligen ist.

Andererseits werden sich aber auch die Ausländerbehörden zu dem Erfordernis einer internen Zustimmung der Auslandsvertretungen bekennen müssen, sollte es ihnen möglich sein, im Falle der illegalen Einreise eines Ausländers nach materiellem Recht auch eine positive Entscheidung zu treffen (was nachfolgend geprüft wird). Ein solches Zustimmungserfordernis ist zwar nicht ausdrücklich gesetzlich fixiert, ergibt sich jedoch aus folgender Überlegung: Der Verordnungsgeber verfolgt mit der für bestimmte Ausländer durch § 5 DV eingeführten Pflicht zur Einholung einer AE vor der Einreise in Form eines Sichtvermerks bei der zuständigen deutschen Auslandsvertretung die Absicht, dadurch deren Kenntnisse über die sozialen und politischen Verhältnisse des Heimatstaates des Ausländers voll zur Geltung zu bringen.<sup>297)</sup> So besteht kein Grund, dieses Wissen der Auslandsvertretungen nur deshalb unberücksichtigt zu lassen, weil im Fall der illegalen Einreise der Antrag auf AE im Inland zu stellen ist.

Es ist jedoch sehr die Frage, ob die Ausländerbehörde bei der Entscheidung über den Antrag auf AE überhaupt einen Ermessensspielraum besitzt, wie K a n e i n, K l o e s e l - C h r i s t (ohne nähere Begründung) sowie M a r x e n meinen (siehe S97 ff.) Die von M a r x e n (Komm. § 5 Anm. 6) zitierte Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts vom 30.9.1958 (abgedruckt in: NJW 59, 450 ff.) kann nicht verwertet werden, da sie auf der in diesem Punkt anderen Rechtslage vor Erlaß des Aus-



ländergesetzes beruht.

Die maßgebliche Vorschrift des § 2 Abs. 1 S. 2 Ausl.G eröffnet einen Ermessensspielraum erst, wenn zuvor die Frage nach einer Beeinträchtigung von Belangen der Bundesrepublik Deutschland durch die Anwesenheit eines illegal eingereisten Auländers verneint werden konnte. Das Problem besteht aber gerade darin, ob durch die illegale Einreise Belange der Bundesrepublik Deutschland beeinträchtigt sind.

Normalerweise müßte die Ausländerbehörde jeden konkreten Einzelvorgang der illegalen Einreise eines Ausländers jeweils unter Berücksichtigung der Art und Weise der Überschreitung der Grenze und der gerade in der Bundesrepublik Deutschland herrschenden Arbeitslage daraufhin untersuchen, ob der hierdurch gegen die Vorschriften des Ausländergesetzes und der DV genommene Aufenthalt Belange der Bundesrepublik Deutschland beeinträchtigt.

Dieser Subsumtionsaufgabe wäre die Ausländerbehörde jedoch enthoben, wenn der Gesetzgeber sie bereits selbst verbindlich wahrgenommen hätte. An der verfassungsrechtlichen Befugnis des Gesetzgebers, das Erfülltsein eines von ihm selbst eingeführten unbestimmten Rechtsbegriffs bei Vorliegen eines bestimmten Sachverhalts mit normativer Kraft selbst festzulegen, kann wohl kein Zweifel bestehen, würde sich doch ein solches Verfahren nur als eine für einen konkreten Ausnahmefall gewählte einfachere gesetzestechnische Methode im Vergleich zu der sonstigen Übung darstellen, in ein und demselben Rechtsatz an einen im einzelen konkret festgelegten Sachverhalt eine bestimmte Rechtsfolge zu knüpfen.

Eine solche Subsumtion haben hier der Gesetz- und Verordnungsgeber in der Tat vorgenommen, was, wie Weißmann (Komm. § 5 Anm. 6) zu Recht ausführt, zweifach belegbar ist:

§ 5 Abs. 2 AuslG ermächtigt den Bundesminister des Inneren zum Erlaß einer Rechtsverordnung des Inhalts, daß bestimmte Ausländer einer Aufenthaltserlaubnis vor der Einreise in Form



eines Sichtvermerks bedürfen. Diese Ermächtigung erteilt der Gesetzgeber aber nur unter der Voraussetzung, daß Belange der Bundesrepublik Deutschland eine solche Rechtsverordnung erfordern. Der Verordnungsgeber kann und wird sie also nur erlassen, wenn nach seiner Meinung die Einreise gewisser Ausländergruppen ohne vorher erteilten Sichtvermerk eine Beeinträchtigung der Belange der Bundesrepublik Deutschland darstellen würde. Wenn der Bundesminister des Inneren in § 5 Abs. 1 Nr. 1 DV den Sichtvermerkszwang für Ausländer eingeführt hat, die in der Bundesrepublik Deutschland erwerbstätig sein sollen, so beabsichtigt er damit, dem erheblichen staatlichen Interesse an einer sich in geregelten Bahnen vollziehenden Anwerbung und Einreise dieser Ausländer zu entsprechen. Dieses Interesse hat neben der Einführung des Sichtvermerkszwangs auch dazu geführt, daß die Bundesrepublik Deutschland mit zahlreichen Staaten Vereinbarungen über die Anwerbung und Vermittlung ausländischer Arbeitnehmer getroffen hat (siehe S.26ff), welche den Zweck verfolgen, bereits in den Heimatländern eine persönliche und fachliche Auswahl zu treffen, die Gesamtzahl der anzuwerbenden Arbeitskräfte auf den jeweiligen Bedarf der deutschen Wirtschaft zu begrenzen und schon vor deren Einreise ihre Unterbringung im Bundesgebiet zu gewährleisten.<sup>298)</sup> Einem Ausländer, der das hiernach vorgesehene Vorverfahren nicht durchlaufen hat, wird die Auslandsvertretung keine Aufenthaltserlaubnis zum Zweck der Arbeitsaufnahme in Form eines Sichtvermerks erteilen; die Ausländerbehörde würde im übrigen ihre nach § 5 Abs. 5 Nr. 1 DV erforderliche Zustimmung verweigern.

Wenn also der Verordnungsgeber in § 5 Abs. 1 Nr. 1 DV anordnet, daß Ausländer, welche im Bundesgebiet eine Erwerbstätigkeit ausüben wollen, v o r ihrer Einreise eines Sichtvermerks bedürfen, muß davon ausgegangen werden, daß nach seiner Auffassung bereits jede illegale Einreise für sich betrachtet die geschilderten Belange der Bundesrepublik Deutschland beeinträchtigt, denn nur für diesen Fall war er nach § 5 Abs. 2 AuslG zum Erlaß einer Verordnung ermächtigt.

Im übrigen ergibt sich mittelbar auch aus den Ausweisungsvorschriften, daß durch eine illegale Einreise eine solche Beeinträchtigung der Belange der Bundesrepublik Deutschland gegeben ist. Nach § 10 Abs. 1 Nr. 6 AuslG kann nämlich ein Ausländer ausgewiesen werden, wenn er gegen eine Vorschrift des Aufenthaltsrechts verstoßen hat. Ein solcher Verstoß liegt hier bei der illegalen Einreise zweifelsfrei vor. Wenn § 10 Abs. 1 AuslG in seiner Nr. 11 abschließend bestimmt, daß u.a. auch dann eine Ausweisung erfolgen kann, wenn seine Anwesenheit erhebliche Belange der Bundesrepublik Deutschland aus anderen Gründen beeinträchtigt, so gibt das Gesetz zu erkennen, daß auch der in § 10 Abs. 1 Nr. 6 AuslG angegebene Grund des Verstoßes gegen das Aufenthaltsrecht eine Beeinträchtigung von (erheblichen) Belangen der Bundesrepublik Deutschland darstellt (ebenso Weißmann in Komm. § 2 Anmerkung 27 und in "Die Polizei," Heft 2 1968). Dann sind die Ausländerbehörden aber nicht nur berechtigt, sondern gemäß § 2 Abs. 1 S. 2 AuslG sogar gezwungen, die beantragte Aufenthaltserlaubnis abzulehnen<sup>299)</sup>.

Diese Rechtslage entspricht auch der Überlegung, daß sowohl die Einführung des Sichtvermerkzwangs als auch die Anwerbungsvereinbarungen leerlaufen würden, wenn jeder Ausländer erhoffen könnte, auch nach illegaler Einreise im Inland eine zur Erwerbstätigkeit berechtigende Aufenthaltserlaubnis zu erlangen.

Wenn Marxen (Komm. § 2 Anm. 27) die Ansicht vertritt, daß durch § 5 Abs. 2 AuslG in Verbindung mit § 5 Abs. 1 Nr. 1 DV nur abstrakt festgestellt sei, daß die AE als Sichtvermerk eingeholt werden muß, weil Belange der Bundesrepublik Deutschland es erfordern, aber nach § 2 Abs. 1 S. 2 AuslG gleichwohl von der Ausländerbehörde in jedem Falle zu prüfen sei, ob die Anwesenheit des illegal eingereisten Ausländers Belange der Bundesrepublik Deutschland beeinträchtigt oder nicht, so kann dem nicht gefolgt werden. Der Ordnungsgeber hat die Feststellung nicht abstrakt, sondern ganz konkret für alle Fälle getroffen, in denen Ausländer zu Erwerbszwecken einreisen wollen.

An dieser durch den Verordnungsgeber erfolgten rechtlichen Beurteilung der illegalen Einreise als Verstoß gegen Belange der Bundesrepublik Deutschland ist die Ausländerbehörde aber nach dem Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung gebunden (Art. 20 Abs. 3 GG).

Bei Zugrundelegung dieser Rechtsauffassung muß dem Ausländer also die Aufenthaltserlaubnis versagt werden, so daß er dann verpflichtet ist, die Bundesrepublik Deutschland unverzüglich zu verlassen, § 12 Abs. 1 S. 1 AuslG. Dieses Ergebnis läßt sich, entgegen der Ansicht von Marxen a.a.O. auch dann vertreten, wenn ein Ausländer, gegen den sonst nichts vorliegt, infolge falscher Information einer zuständigen Stelle illegal eingereist ist. Es kann dem Ausländer im Interesse der Belange der Bundesrepublik Deutschland angesonnen werden, etwas zu tun, zu dem er von vorneherein verpflichtet war, nämlich nach erfolgter Wiederausreise im Ausland abzuwarten, ob ihm eine AE in Form eines Sichtvermerks oder eine Legitimationskarte erteilt wird. Ein Nichtverschulden ist vielmehr nur insoweit zu berücksichtigen, als in diesem Falle von einer nach § 10 Abs. 1 AuslG ja ebenfalls möglichen Ausweisung abgesehen werden muß. Der Verzicht auf eine Ausweisung bringt dem Ausländer trotz der dann nötigen Ablehnung der AE den Vorteil, daß kein Ausschluß bzw. keine Sperrfrist gemäß § 15 AuslG für die Erteilung der AE als Sichtvermerk bzw. (wenn die Einreise mit Legitimationskarte erfolgt) für die AE im Inland eintreten kann.

#### 4. Rechtscharakter der Aufenthaltserlaubnis

Ausländer, die in das Bundesgebiet einreisen und sich darin aufhalten wollen, bedürfen einer Aufenthaltserlaubnis (§ 2 Abs. 1 S. 1 AuslG).

Die Aufenthaltserlaubnis stellt die formelle, konstitutive Voraussetzung für die Rechtmäßigkeit der Einreise und des Aufenthalts dar.

Die Frage, ob es sich hierbei um eine Erlaubnis im eigentlichen Sinn, d.h. um eine zur präventiven Kontrolle vorgesehene formale Voraussetzung für die Rechtmäßigkeit eines an sich nach materiellem Recht nicht verbotenen Verhaltens handelt (Prinzip der Erlaubnis mit Verbotsvorbehalt) oder um eine sogenannte Ausnahmegewilligung, durch die ein repressives Verbot ausnahmsweise aufgehoben wird (Prinzip des Verbots mit Erlaubnisvorbehalt)<sup>300)</sup>, kann wohl nicht allein deshalb im ersteren Sinn entschieden werden, weil das Gesetz den Begriff "Erlaubnis" gebraucht. Vielmehr muß zu diesem Zweck auf die Rechtslage zurückgegriffen werden, welche bestünde, wenn das Erfordernis einer Aufenthaltserlaubnis nicht gesetzlich normiert wäre. In solchem Falle würde die durch Art. 25 GG in innerdeutsches Recht transformierte allgemeine Völkerrechtsregel Platz greifen, daß es Kraft der Souveränität des Staates in seinem lediglich durch das Willkürverbot beschränkten Ermessen des Staates steht, ob er Fremde zulassen will oder nicht. Der Fremde hat danach keinen Anspruch auf Einreise und Aufenthalt (vergl. S. 22 ff. ). Rein dogmatisch gesehen stellt sich deshalb die AE als eine A u s n a h m e g e w i l l i g u n g, d.h. als eine Befreiung vom Verbot der Einreise und des Aufenthalts dar.<sup>301)</sup>

Die Erteilung der AE stellt einen begünstigenden V e r w a l t u n g s a k t (VA) dar.<sup>302)</sup> Es handelt sich nämlich um eine Verfügung, mit der die zuständige Behörde die öffentlich rechtliche Frage, ob ein bestimmter Ausländer in die Bundesrepublik Deutschland einreisen und sich darin aufhalten darf, konkret und mit unmittelbarer Wirkung dem Ausländer gegenüber entscheidet.<sup>303)</sup>

Es handelt sich um einen m i t w i r k u n g s b e d ü r f t i g e n VA, da sein Erlaß einen entsprechenden Antrag des Ausländers voraussetzt (§ 21 AuslG). Ergeht eine AE ohne einen entsprechenden Antrag, so ist sie nichtig.<sup>304)</sup>

Wenn die Erteilung einer AE der Zustimmung einer "dritten" Behörde bedarf, (vgl. z.B. § 5 Abs. 5 DV), handelt es sich

dennoch nur um e i n e n VA; die Zustimmung ist ein lediglich verwaltungsinterner Vorgang. Fehlt sie, so ist die AE nicht nichtig, sondern rechtswirksam, wenn auch rechtswidrig. Ob sie zurückgenommen werden kann ist streitig (s.S. 200 ff.). Auch die Versagung der Erteilung einer AE stellt einen VA dar, da hierdurch dem Ausländer gegenüber definitiv geregelt wird, daß er in die Bundesrepublik Deutschland nicht einreisen und sich darin nicht aufhalten darf.<sup>305)</sup> Außerdem tritt insofern eine Rechtsverschlechterung ein, als die vorläufige, durch seine Antragstellung bewirkte Legitimation zum Aufenthalt (§ 21 Abs. 3, S. 1 AuslG) mit der Versagung der AE beseitigt wird.<sup>306)</sup>

Das Vorliegen eines VAs bei Erteilung oder Versagung einer AE kann auch dann nicht geleugnet werden, wenn die Entscheidung schon v o r der Einreise durch eine Auslandsvertretung oder Ausländerbehörde gefällt wird. In beiden Fällen wird gegenüber dem im Ausland befindlichen Ausländer in Ausübung hoheitlicher Gewalt gehandelt.<sup>307)</sup> Für die Auslandsvertretungen ergibt sich das schon aus § 50 Abs. 1 Nr. 3 VwGO, welcher Klagen gegen den Bund auf Gebieten vorsieht, die in die Zuständigkeit der Auslandsvertretungen der Bundesrepublik Deutschland fallen. Im übrigen kann das Vorliegen hoheitlicher Gewalt auch nicht mit dem Argument verneint werden, daß dies begriffsnotwendig die(nicht vorhandene) Möglichkeit voraussetze, getroffene Entscheidungen im Ausland mit eigenen Zwangsmitteln durchzusetzen. Die Möglichkeit des Einsatzes von Zwangsmitteln ist zwar eine typische Eigenschaft der Eingriffsverwaltung. Diese Art der Verwaltung liegt aber nicht vor, wenn sich die zuständige Behörde mit der Erteilung bzw. Versagung einer AE befaßt. Will ein im Ausland befindlicher Ausländer in die Bundesrepublik Deutschland legal einreisen und sich darin aufhalten, so bedarf er zur Vermeidung von Zurückweisung, Ausweisung oder Abschiebung einer positiven Entscheidung der zuständigen Auslandsvertretung bzw. Ausländerbehörde. An dieser formalen Schranke führt ihn im Regelfall kein Weg vorbei, er muß sich vielmehr der Entscheidung dieser Behörden unterwerfen.



Damit befindet sich aber der Ausländer gegenüber der deutschen Staatsgewalt in einem Über- und Unterordnungsverhältnis, ohne daß ein Einsatz von Zwangsmitteln nötig wäre.<sup>308)</sup>

Schiedermaier bejaht zwar den Hoheitscharakter der Entscheidung, vertritt aber im übrigen die Auffassung, (Komm. § 2 Anm. 10 u. § 23 Anm. 8), daß kein VA, sondern ein Regierungsak t vorliege, wenn die Versagung einer AE auf Gründe gestützt wird, die von der Person des Antragstellers unabhängig sind oder wenn die AE bereits vor der Einreise versagt wird; der Ausländer habe dann keine Möglichkeit der Anfechtung.

Dem kann nicht zugestimmt werden. Unter Regierungsakten sind Führungsentscheidungen zu verstehen, deren staatspolitischer bzw. verfassungsrechtlicher, nicht aber verwaltungsrechtlicher Charakter im Vordergrund steht. Es handelt sich um leitende, nicht aber um vollziehende Funktionen. Dabei ist es nicht wesentlich, ob die Entscheidungen Regelungen eines Einzelfalles enthalten oder nicht. Es gibt auch Hoheitsakte, die, obgleich sie an sich alle Voraussetzungen eines VAs erfüllen, gleichwohl der gerichtlichen Kontrolle nicht unterliegen können, weil es sich um Entscheidungen auf politischer Ebene handelt, für die es nicht denkbar ist, daß hierüber ein unabhängiges, d.h. politisch nicht verantwortliches Gericht ein Urteil fällt. Solche politischen Führungsakte haben ihren Ort außerhalb des rechtlich geregelten öffentlichen Lebensbereiches, sind nicht an rechtliche Voraussetzungen geknüpft und entziehen sich so ihrer Natur nach einer korrigierenden gerichtlichen Nachprüfung.<sup>309)</sup>

Aber weder eine im Inland ergangene und auf nicht persönliche Gründe gestützte Versagung der AE, noch eine Ablehnung ihrer Erteilung gegenüber einem im Ausland weilenden Ausländer durch eine deutsche Auslandsvertretung oder, vom Inland aus, durch



eine Ausländerbehörde, vermag den so verstandenen Begriff des Regierungsaktes auszufüllen:

Die Erteilung wie auch die Versagung von Aufenthaltserlaubnissen in Form des Sichtvermerks (§ 5 Abs. 2 AuslG in Verbindung mit § 5 DV) durch die Auslandsvertretungen stellen Aufgaben dar, die von ihnen tagtäglich nach denselben rechtlichen Gesichtspunkten vorgenommen werden. Für die Ausländerbehörde stellt zwar die Übersendung einer AE bzw. deren Versagung in das Ausland nicht den in der Praxis häufigsten Fall dar, dennoch ist sie an dieselben rechtlichen Überlegungen gebunden, wie sie sie bei den vielen Entscheidungen gegenüber den im Inland befindlichen Ausländern anstellen muß, so daß die Besonderheit allenfalls in der Quantität solcher Entscheidungen, nicht aber in einer anders gearteten rechtlichen Prüfung besteht. Diese Prüfung orientiert sich sowohl für die Auslandsvertretungen, als auch für die Ausländerbehörden insbesondere an den Belangen der Bundesrepublik Deutschland, aber auch an anderen Gesichtspunkten (§ 2 Abs. 1 S. 2 AuslG). Wenn es sich nun auch bei dem anzuwendenden Begriff "Belange der Bundesrepublik Deutschland" um einen sogenannten unbestimmten Rechtsbegriff handelt, der zuvor ausgelegt werden muß, so stellt dies an die Verwaltung bei der Vielzahl solcher in Gesetzen und Verordnungen gebrauchten Begriffe ebenfalls keine Besonderheit dar. Infolge der für die zuständigen Behörden bestehenden Möglichkeit, im Rahmen der "Belange" Gesichtspunkte entscheiden zu lassen, die von der Person des Ausländers unabhängig sind, kann man zwar nicht umhin, in solchem Fall von einer Entscheidung mit (auch) politischem Charakter zu sprechen. Dennoch wäre es nicht richtig, solchen Entscheidungen die Eigenschaft politischer Führungsentscheidungen und damit Regierungsakten zuzusprechen. Denn die Behörden handeln hier nicht selbst "politisch", sondern vollziehen nur die von der Bundesregierung bzw. den Länderregierungen und deren Ministerien schon vorher formulierte Politik. Nur diesen letzteren Entscheidungen kommt politischer Führungscharakter zu, nur sie stellen Regierungsakte dar. Der Gesetzgeber hat diese staatspolitischen Führungsentscheidungen durch Verwendung des unbestimmten, aber durch Auslegung bestimmbaren Rechtsbegriffes "Belange" verrechtlicht und dem

Vollzug durch die Auslandsvertretungen bzw. die Ausländerbehörden zugeführt. Es handelt sich also, entgegen S c h i e d e r m a i r (Komm. § 2 Anm. 10 und § 23 Anm. 8), bei den Entscheidungen dieser Behörden um keine justizfreien Hoheitsakte, sondern um VAe, die der vollen Nachprüfung durch die Verwaltungsgerichte unterliegen. Dies gilt auch dann, wenn gemäß § 23 Abs. 2 AuslG bei Versagung einer AE vor der Einreise eine Begründung und Rechtsmittelbelehrung nicht erfolgen sollte.<sup>310)</sup>

## 5. Voraussetzungen der Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis

### a. Einleitung

Das Ausländergesetz enthält in seinem § 2 Abs. 1 S. 2 die Kernnorm des materiellen Einreise- und Aufenthaltsrechts der Bundesrepublik Deutschland. Danach darf die AE erteilt werden, wenn die Anwesenheit des Ausländers Belange der Bundesrepublik Deutschland nicht beeinträchtigt.

Das Wort "darf" weist darauf hin, daß eine AE auch dann nicht erteilt werden muß, wenn keine Beeinträchtigung der Bundesrepublik Deutschland in Betracht kommt.<sup>311)</sup> Die zuständige Behörde darf jedoch nach dem im Rechtsstaatsprinzip verankerten Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung nicht willkürlich entscheiden. Vielmehr steht es in ihrem p f l i c h t g e m ä ß e n Ermessen, ob sie die AE erteilen oder versagen will. Dabei muß sie rechtsstaatliche Grundsätze, die verfassungsrechtliche Wertordnung und eventuelle sonstige einschränkende Normen beachten.<sup>312)</sup> Die Grenzen dieses Ermessens sind allerdings immer noch außerordentlich weit gezogen, da die mannigfaltigsten sachlichen Gründe denkbar sind, die den Aufenthalt eines Ausländers unerwünscht erscheinen lassen können, auch wenn Belange der Bundesrepublik Deutschland nicht beeinträchtigt sind (siehe dazu S.162 ff.). K a n e i n (Komm. § 2 Anm. A. b ) spricht sogar von einer gesetzlichen Regelung, welche die Erteilung der AE "dicht an den Rand des Gnadenakts" gerückt habe. Wenn also der Gesetzgeber dem Ausländer mit Normalstatus kein subjektives öffentliches Recht auf Erteilung einer

AE einräumt, so ist das Ausdruck seiner Auffassung, daß Ausländern kein Recht auf Einreise und Aufenthalt im Bundesgebiet zustehen soll.<sup>313)</sup>

Auch vor Erlaß des Ausländergesetzes bestand im wesentlichen kein anderer Rechtszustand.

§ 1 der Ausländerpolizeiverordnung (APVO) v. 22.8.1938 (RGBl. I S. 1053) hatte folgenden Wortlaut:

"Der Aufenthalt im Bundesgebiet wird Ausländern erlaubt, die nach ihrer Persönlichkeit und dem Zweck ihres Aufenthalts im Bundesgebiet die Gewähr dafür bieten, daß sie der ihnen gewährten Gastfreundschaft würdig sind".

Zwar glaubten damals einige Verwaltungsgerichte den Worten " ... wird ... erlaubt..." entnehmen zu müssen, daß ein Ausländer dann einen Rechtsanspruch auf Erteilung einer AE habe, wenn er der Gastfreundschaft würdig ist. Diese Bedeutung maß man diesen Worten späterhin nicht mehr zu, sondern verwies einmal darauf, daß diese Fassung im Jahre 1938 nur der optischen Wirkung wegen gewählt worden sei und zum anderen auf das (rechtlich ergiebigere) Argument, daß § 3 APVO ohne jede Beschränkung eine nachträgliche räumliche und zeitliche Einschränkungsmöglichkeit zulasse und die Annahme eines Anspruches auf AE hiermit im Widerspruch stände.<sup>314)</sup>

Dem Ausländer steht jedoch ein formelles subjektives öffentliches Recht auf fehlerfreien Ermessensgebrauch zu.

Die Bundesrepublik Deutschland kann in Anbetracht des ihr eingeräumten Ermessensspielraums nicht als Einwanderungsland bezeichnet werden, wenn man hierunter einen Staat versteht, der von sich aus auf die r e c h t l i c h e Möglichkeit verzichtet hat, Einwanderern den Zuzug zu versagen.<sup>315)</sup>

Den Begriff "Einwanderung" kann man definieren als die Einreise in das Bundesgebiet, mit dem Ziel, dort einen Wohnsitz oder doch dauernden Aufenthalt zu begründen oder auch als den Zuzug von Staatsfremden in das Staatsgebiet zum Zwecke der Niederlassung.<sup>316)</sup>

Der Bundesgesetzgeber hat von seiner ausschließlichen Gesetzgebungsbefugnis zur Regelung speziell der Einwanderung (Art. 73 Nr. 3 GG) nicht Gebrauch gemacht. Mangels besonderer Vorschriften unterfällt deshalb auch die Einwanderung den Normen des Ausländergesetzes. Da aber dessen § 2 Abs. 1 S. 2 die Erteilung der erforderlichen AE in das pflichtgemäße Ermessen stellt, besteht auch kein Recht auf Einwanderung in die Bundesrepublik Deutschland.<sup>317)</sup>

Der Gesetzgeber gesteht jedoch in § 2 Abs. 1 S. 2 AuslG der zuständigen Behörde ein Recht auf Ausübung pflichtgemäßen Ermessens bei Erteilung einer AE nur als **R e c h t s f o l g e** zu. Es ist an den Tatbestand geknüpft, daß die Anwesenheit eines Ausländers Belange der Bundesrepublik Deutschland nicht beeinträchtigen darf. Muß also eine solche Beeinträchtigung bejaht werden, so ergibt sich aus § 2 Abs. 1 S. 2 AuslG mittels Umkehrschlusses, daß eine AE im solchen Fall nicht erteilt werden darf. Ermessenserwägungen können dann nicht angestellt werden. Es besteht vielmehr ein **a b s o l u t e s V e r b o t** der Erteilung der AE.<sup>318)</sup> Wird trotzdem eine AE erteilt, so handelt es sich um eine zwar rechtswirksame, aber rechtswidrige Erlaubnis.<sup>319)</sup>

b. Notwendige Versagung bei Beeinträchtigung von Belangen der Bundesrepublik Deutschland (§ 2 Abs. 1 S. 2 AuslG)

aa) Begriff der Belange der Bundesrepublik

Wenn das Gesetz von Belangen der Bundesrepublik spricht, ~~sodarf dies nicht zu~~ dem Schluß verführen, daß damit nur in allen Bundesländern gleichzeitig auftretende Belange angesprochen seien. Da jedes einzelne Bundesland nicht isoliert betrachtet werden kann, vielmehr ein Glied des Bundesstaates bildet, stellen sich die Belange nur eines oder mehrerer Bundesländer notwendig auch als Belange der Bundesrepublik Deutschland dar.<sup>320)</sup>

Im übrigen wird man jedoch nicht zu weit gehen dürfen. Es läßt sich zwar nicht leugnen, daß Belange einer einzelnen Gemeinde

oder eines Landkreises mittelbar auch Belange des betreffenden Bundeslandes darstellen und dann eigentlich auch Belange der Bundesrepublik Deutschland darstellen. Dennoch würde schon rein sprachlich der Begriff "Belange der Bundesrepublik Deutschland" überspannt werden, wollte man darunter auch Belange einer Gemeinde oder eines Landkreises subsumieren. Hinzukommt, daß das Gesetz die Möglichkeit einer räumlichen Begrenzung der AE und sogar, im Einvernehmen mit dem Bundesminister des Inneren oder einer von ihm bestimmten Stelle, die Erteilung einer AE unter Ausschluß des Bereichs der zuständigen Behörde vorsieht (§§ 7 Abs. 1 S. 2, 26 Abs. 1 Nr. 2 AuslG), so daß die Beeinträchtigung rein lokaler Belange vermieden werden kann, auch ohne daß die AE völlig versagt werden müßte. Man wird deshalb innerhalb eines Bundeslandes nur solche Angelegenheiten als Belange der Bundesrepublik Deutschland ansprechen können, welche Wirkungen mindestens auf Bezirksebene entfalten.<sup>321)</sup>

Das Gesetz knüpft den Ausschluß der Erteilung der AE nicht erst an ein mißbilligenswertes aktives Tun oder Unterlassen des Ausländers trotz entgegenstehender Rechtspflicht, sondern es begnügt sich für diese Rechtsfolge bereits mit einer Beeinträchtigung von Belangen durch die bloße Anwesenheit des Ausländers trotz seiner eventuell einwandfreien Persönlichkeit.

Wenn § 2 Abs. 1 S. 2 AuslG ein Verbot der Erteilung einer AE bei Beeinträchtigung von Belangen der Bundesrepublik Deutschland ausspricht, so hat das Gesetz den zuvor bestehenden Rechtszustand verschärft. Während nach den §§ 1 und 2 APVO die AE nur dann zwingend versagt werden mußte, wenn die Persönlichkeit des Ausländers oder der Zweck seines Aufenthalts keine Gewähr dafür bot, daß er sich der Gastfreundschaft würdig erweisen wird, so muß nunmehr, viel weitgehender, die AE aus allen Gründen zwingend versagt werden, wenn sie sich unter den Begriff der Beeinträchtigung von Belange der Bundesrepublik subsumieren lassen.



Die Verwendung des Begriffes "Belange" wird von manchen, wohl zu Unrecht, als mit rechtstaatlichen Grundsätzen nicht vereinbar bezeichnet, da er als außerordentlich vage Generalklausel seinem Inhalt nach viel zu unbestimmt sei und der Willkür der Verwaltung Tür und Tor öffne.<sup>322)</sup>

Es handelt sich bei diesem Ausdruck, wie schon zuvor kurz gestreift, um einen sog. unbestimmten Rechtsbegriff. Die Verwendung solcher Rechtsbegriffe ist aber im öffentlichen Recht sehr häufig. Man denke an die Begriffe "öffentliche Sicherheit und Ordnung" oder "öffentliches Interesse". Ihr Gebrauch findet seine Rechtfertigung darin, daß es für den Gesetzgeber bei der Vielzahl der Lebensverhältnisse unmöglich wäre, alle gleichwertigen regelungsbedürftigen Sachverhalte schon jetzt für Gegenwart und Zukunft zu erkennen und einer ausdrücklichen Regelung zu unterwerfen. Soll ein Gesetz nicht allzu viele ungewollte Lücken aufweisen und also in wichtigen Bereichen leerlaufen, so ist der Gesetzgeber geradezu gezwungen, unbestimmte, jedoch durch Auslegung bestimmbare Rechtsbegriffe zu verwenden. Durch die beispielhafte Erläuterung des Begriffes "Belange" im Rahmen der Ausweisungsgründe des § 10 I Nr. 1 bis 10 AuslG, sowie im Zusammenhang mit der Einschränkung oder Untersagung einer politischen Betätigung des Ausländers in § 6 Abs. 2 u. 3 AuslG (hierzu näher S.121 ff.) ist der Begriff ausreichend bestimmbar und justiziabel.<sup>323)</sup> Einer eventuellen sachfremden Auslegung des Begriffes "Belange der Bundesrepublik Deutschland" durch die Verwaltungsbehörden wird dadurch begegnet, daß sowohl die Auslegung selbst, als auch die Subsumtion unter den ausgelegten Begriff der vollen verwaltungsgerichtlichen Kontrolle unterliegt. Seine Verwendung durch den Gesetzgeber verstößt unter diesen Umständen nicht gegen das Rechtsstaatsprinzip, insbesondere nicht gegen den Grund-



satz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung.<sup>324)</sup>

Es sind vielfach Versuche unternommen worden, den Begriff der "Belange" näher zu definieren oder auszufüllen. Da es jedoch die nicht zu übersehende Absicht des Gesetzgebers war und ist, durch die Verwendung dieses Ausdrucks eine Vielzahl von ausländerpolitischen Zielsetzungen der Exekutive abzudecken, gerieten die Begriffsbestimmungen zwangsläufig sehr wenig griffig oder man beschränkte sich überhaupt nur auf die Darstellung von konkreten Sachverhalten, die nach Meinung der jeweiligen Autoren unter diesen Begriff subsumiert werden können. Sofern eine Definition des Begriffes "Belange der Bundesrepublik Deutschland" versucht wurde, findet man ihn meist dahingehend erläutert, daß es sich hierbei um die Interessen des Staates oder der Allgemeinheit handle.<sup>325)</sup>

Die herrschende Meinung weist insbesondere daraufhin, daß eine besondere Schutzwürdigkeit bzw. Erheblichkeit dieser Interessen des Staates nicht erforderlich sei, es genüge bereits irgendein Interesse der Bundesrepublik Deutschland, um die Möglichkeit der Erteilung einer AE zwingend auszuschließen.<sup>326)</sup>

Diese Rechtsauffassung befindet sich insofern in Einklang mit der wirklichen Rechtslage, als § 2 Abs. 1 S. 2 AuslG in der Tat für die Rechtsfolge des Ausschlusses der Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis nicht notwendig die Beeinträchtigung von erheblichen Belangen voraussetzt. Das AuslG knüpft zwar an anderen Stellen Rechtsfolgen erst an

eine Beeinträchtigung von erheblichen Belangen; beispielsweise stellt dies die Voraussetzung für eine Ausweisung dar (§ 10 Abs. 1 Nr. 11 AuslG). Die notwendige Versagung der Erteilung einer AE ordnet das Gesetz jedoch schon bei der Beeinträchtigung von (nur) Belangen der Bundesrepublik Deutschland an.

Wenn die herrschende Meinung jedoch aus dieser Tatsache den Schluß zieht, daß unter Belangen der Bundesrepublik j e d w e d e Interessen des Staates oder der Allgemeinheit zu verstehen seien, so kann dem aus folgenden Gründen nicht gefolgt werden:

Wie bereits kurz erläutert, eröffnet sich nach § 2 Abs. 1 S. 2 AuslG der Ermessensspielraum hinsichtlich der Erteilung einer AE erst, wenn die Frage, ob der Aufenthalt des Ausländers Belange der Bundesrepublik Deutschland beeinträchtigt, verneint werden konnte. Liegt eine solche Beeinträchtigung nicht vor, so muß die Ausländerbehörde im Rahmen pflichtgemäßen Ermessens eine Abwägung zwischen den Gründen, die für und gegen die Anwesenheit des Ausländers sprechen, vornehmen.

Während als zugunsten des Ausländers sprechende Aspekte insbesondere seine günstigen persönlichen Verhältnisse oder der einwandfreie Zweck seines geplanten Aufenthalts in Betracht kommen, können als Gegenpol der Abwägung zwangsläufig immer nur Gesichtspunkte eine Rolle spielen, die den Aufenthalt des Ausländers für den Aufenthaltsstaat aus welchen Gründen auch immer als zumindest nicht förderlich erscheinen lassen.

Wenn man aber nun der herrschenden Meinung folgen und unter den "Belangen der Bundesrepublik Deutschland" j e g l i c h e Interessen des Staates oder der Allgemeinheit verstehen würde, so käme es zu keinen wirklichen Ermessensentscheidungen mehr:

sprechen gegen den Aufenthalt tatsächlich staatliche Interessen irgendeiner Art, so wäre nämlich die Behörde wegen Beeinträchtigung von Belangen der Bundesrepublik Deutschland nach § 2 Abs. 1 S. 2 AuslG gezwungen, die AE zu versagen. Zu einer Abwägung mit positiven Aspekten des Aufenthalts des Ausländers könnte es dann nicht mehr kommen. Da aber sehr oft irgendwelche Interessen des Staates durch den Aufenthalt eines Ausländers tangiert werden, müßte in einer Vielzahl der Fälle die AE versagt werden. Sind andererseits keine Interessen des Staates oder der Allgemeinheit berührt, so könnte es wiederum zu keiner echten Ermessensentscheidung kommen: das Ermessen würde sich in diesem Fall mangels entgegenstehender Gesichtspunkte zugunsten des Ausländers auf "Null" reduzieren, mit der Folge, daß die AE zwingend erteilt werden müßte.

Würde man sich also der h.M. anschließen, so hätte dies zur Folge, daß der vom Gesetzgeber in § 2 Abs. 1 S. 2 AuslG eingeräumte Ermessensspielraum überhaupt nicht zum Tragen käme, und das Ausländergesetz gerade in der wichtigen Frage der Erteilung der AE seiner ganzen Elastizität beraubt wäre. Um dem Ermessensspielraum zu einem wirklichen Anwendungsbereich zu verhelfen, ist es deshalb nötig, den Begriff der Belange der Bundesrepublik Deutschland enger zu fassen, als dies gemeinhin geschieht (ebenso VG Bremen, U. v. 22.10.1970, NJW 71, 1004).

So erscheint es sachgerecht, zu den Belangen der Bundesrepublik Deutschland solche Interessen des Staates zu rechnen, welche insofern einen Vorrang vor anderen Interessen genießen, als der Staat bei ihnen nicht bereit ist, schon von vorneherein bei der Begründung des Aufenthalts unter bestimmten Umständen deren Beeinträchtigung in Kauf zu nehmen; Interessen also, die sich als **w i c h t i g** einstufen lassen.

Die Feststellung der Staatsinteressen und insbesondere deren Einstufung als wichtig haben in manchen Bereichen das Grundgesetz und die Länderverfassungen vorgenommen. Aber auch die einfache Gesetzgebung des Bundes bzw. der Länder ist in der Lage, Prioritäten unter den Staatszielen zu setzen. Vor allem aber formulieren die Bundesregierung bzw. die Länderregierungen, jeweils im Rahmen der ihnen zustehenden Kompetenz, die politischen Ziele, denen sie eine Vorrangstellung einräumen wollen.

Sind durch die Anwesenheit eines Ausländers solchermaßen definierte Belange der Bundesrepublik Deutschland beeinträchtigt, so muß ihm nach § 2 Abs.1 S. 2 AuslG die AE versagt werden. Dies hat natürlich erst recht dann zu gelten, wenn es sich um die Beeinträchtigung sogar e r h e b l i c h e r Belange handeln sollte.

Der Begriff "erhebliche Belange", den das AuslG, wie schon erwähnt, an einigen Stellen, so z.B. als Voraussetzung einer Ausweisung nach § 10 Abs. 1 Nr. 11 gebraucht, wird in der Literatur nicht einheitlich definiert:

Nach einer Auffassung besteht das ausschlaggebende Kriterium in der Intensität oder Beharrlichkeit der Beeinträchtigung einer öffentlichen Ordnungsnorm.<sup>327)</sup> Dem kann jedoch nicht zugestimmt werden, da nicht die Erheblichkeit der Beeinträchtigung eines Belanges, sondern die Erheblichkeit des Belanges selbst zu bestimmen ist. Eine öffentliche Ordnungsnorm kann, muß aber nicht einen erheblichen Belang der Bundesrepublik Deutschland darstellen.

Nach der wohl herrschenden Meinung<sup>328)</sup> muß es sich um Staatsinteressen handeln, die besonders gewichtig und schutzwürdig sind.

Die höchstrichterliche Rechtsprechung hat sich mit dem Begriff "erhebliche Belange" im Zusammenhang mit dem Paßversagungsgrund des § 7 Abs. 1 lit. a des nunmehr nur noch für Deutsche geltenden Paßgesetzes v. 4.3.1952 (BGBl. I S. 290), befaßt. Danach muß ein Paß u.a. versagt werden, wenn Tatsachen die Annahme rechtfertigen, daß der Antragsteller als Inhaber eines Passes sonstige erhebliche Belange der Bundesrepublik Deutschland oder eines deutschen Landes gefährdet. Das Bundes-

verfassungsgericht und das Bundesverwaltungsgericht haben hierunter nur solche Tatbestände verstanden, die so erheblich sind, daß sie der freiheitlichen Entwicklung, die das Paßwesen in der Bundesrepublik Deutschland genommen hat, aus z w i n g e n d e n s t a a t s p o l i t i s c h e n G r ü n d e n vorangestellt werden müssen.<sup>329)</sup>

Prüft man, ob eine modifizierte Übertragung dieser für das Paßgesetz gefundenen Definition der erheblichen Belange der Bundesrepublik Deutschland auf das Ausländergesetz in Betracht kommen könnte, so ergibt sich vor allem folgendes: während für Deutsche nach dem Paßgesetz grundsätzlich ein A n s p r u c h auf Erteilung eines Passes besteht und deshalb der im Zusammenhang mit einer ausnahmsweisen Einschränkung dieses Anspruchs gebrauchte Ausdruck erhebliche Belange eng auszulegen war,<sup>330)</sup> steht dem Ausländer ohne Sonderstatus ein Anspruch auf Erteilung einer AE nicht zu. Es könnte deshalb daran gedacht werden, diesen Begriff für das AuslG weiter zu fassen.<sup>331)</sup>

Vergegenwärtigt man sich jedoch, daß aus den zuvor erläuterten Gründen schon die Definition der Belange als wichtige Staatsinteressen relativ hoch angesetzt werden mußte, so verbleibt für den Rechtsbegriff e r h e b l i c h e Belange nur noch der Bereich der b e s o n d e r s w i c h t i g e n s o w i e d e r ü b e r r a g e n d w i c h t i g e n Staatsinteressen.

#### bb. Begriff der Beeinträchtigung

Bevor darauf eingegangen werden kann, was man unter dem Ausdruck Beeinträchtigung zu verstehen hat, muß der Anwendungsbereich des § 2 Abs. 1 S. 2 AuslG entsprechend seinem Sinnzusammenhang mit den übrigen einschlägigen Normen noch etwas über seinen Wortlaut hinaus ausgedehnt werden: nach dieser Vorschrift ist über die Gestattung von Einreise u. Aufenthalt nämlich auch dann zu entscheiden, wenn ein Ausländer seinen Antrag auf AE nach § 5 Abs. 1 AuslG vom Ausland her stellt oder nach § 5 Abs. 2 AuslG i.V.m. § 5 DV die AE in Form eines Sichtvermerks bei der zuständigen Auslandsvertretung einholen muß, er also das Bundesgebiet noch gar nicht



betreten hat. Zum anderen ist § 2 Abs. 1 S. 2 AuslG aber auch dann die maßgebliche Norm, wenn sich ein Ausländer zwar schon im Inland befindet, er seiner Anwesenheit aber noch nicht die endgültig geplante äußere Erscheinungsform geben konnte, z.B. noch keinen Gewerbebetrieb eröffnet hat, also seine bloße Anwesenheit für sich betrachtet u.U. noch nicht geeignet ist, staatliche Belange zu beeinträchtigen.

Einem Ausländer muß deshalb nach § 2 Abs. 1 S. 2 AuslG die AE in folgenden Fällen versagt werden:

- a) wenn seine Anwesenheit für sich allein Belange der Bundesrepublik Deutschland beeinträchtigt,
- b) wenn seine Anwesenheit in ihrer für die Zukunft geplanten äußeren Erscheinungsform Belange beeinträchtigen wird und
- c) wenn sein künftiger Aufenthalt entweder für sich allein betrachtet oder in seiner geplanten Erscheinungsform Belange der Bundesrepublik Deutschland beeinträchtigen wird.

Belange der Bundesrepublik Deutschland werden durch einen bereits im Inland befindlichen Ausländer unstreitig dann beeinträchtigt, wenn sein Tun oder sein Unterlassen entgegen bestehender Rechtspflicht zum Tätigwerden oder auch schon, wenn seine bloße Anwesenheit einem wichtigen Staatsinteresse zuwiderläuft, sei es im Sinn einer Verminderung oder Beseitigung des Wirkungsgrades eines zuvor bereits voll verwirklichten wichtigen staatlichen Interesses oder in dem Sinn einer Hemmung der weiteren Verfolgung einer politischen Absicht. Dabei spielt es keine Rolle, ob es sich dabei um die unmittelbare oder mittelbare Folge der Anwesenheit des Ausländers handelt.

Fraglich ist jedoch, ob eine Beeinträchtigung von Belangen bereits dann angenommen werden kann, wenn sich aus der Anwesenheit des Ausländers für sie lediglich die Gefahr einer ungünstigen Auswirkung ergibt. Auch dieses wird von der gesamten Literatur voll bejaht.<sup>332)</sup> Dem ist zuzustimmen. Zwar müßte eine strenge Wortauslegung eher zum Gegenteil führen, denn eine bloße Gefahr für die Belange stellt eigentlich nur die Vorstufe einer dann eventuell wirklich erfolgenden Beein-



trächtigung dar. Es kann aber nicht an der Tatsache vorübergegangen werden, daß es sich bei den Normen des Ausländerrechts in weiten Bereichen um **S i c h e r h e i t s r e c h t** handelt. Das Sicherheitsrecht beschränkt sich aber herkömmlicherweise nicht auf die Unterbindung bereits eingetretener Beeinträchtigungen an Rechtsgütern und sonstiger berechtigter Interessen, sondern sieht seine Aufgabe gerade auch schon in der Abwehr diesbezüglich drohender Gefahren.<sup>333)</sup> Es muß sich jedoch auch hier um eine **k o n k r e t e G e f a h r** handeln.<sup>334)</sup> Es genügt also nicht, wenn sich durch die Anwesenheit eines Ausländers nach der Lebenserfahrung mit einiger Wahrscheinlichkeit die Möglichkeit eines Konfliktes mit Belangen der Bundesrepublik Deutschland abzeichnet (abstrakte Gefahr). Auf der anderen Seite muß die Gefahr wiederum nicht unmittelbar bevorstehen. Von einer konkreten Gefahr für wichtige Staatsinteressen kann man vielmehr schon dann sprechen, wenn hierfür eine Gefahr droht, sich also durch die Anwesenheit eines Ausländers nach verständiger Beurteilung in näherer Zeit der Eintritt einer Kollision mit staatlichen Belangen mit hoher Wahrscheinlichkeit erwarten läßt.<sup>335)</sup>

Nicht zugestimmt werden kann aber der in der Verwaltungsvorschrift zum AuslG (AuslG Vwv) in Nr. 4 zu § 2 und von einem Teil der Literatur<sup>336)</sup> vertretenen Auffassung, daß auch ein entsprechender begründeter Verdacht die Pflicht zur Versagung der AE auszulösen vermag. Gemeint ist dabei der gegen einen Ausländer gehegte Verdacht, daß möglicherweise Umstände vorliegen, die für den Fall ihres tatsächlichen Bestehens seinen Aufenthalt entweder als konkrete Gefährdung oder aber als eine tatsächliche Beeinträchtigung der Belange der Bundesrepublik Deutschland ausweisen würden. Zwar steht auch bei einer konkreten Gefahr nicht mit Sicherheit fest, ob letzten Endes eine Verletzung der Belange eintreten wird. Trotz dieser Unsicherheit besteht hier aber ein so dichter "Spannungszustand" zwischen zweifelsfrei feststehenden Umständen des Aufenthalts des Ausländers und den staatlichen Belangen, daß es gerechtfertigt erscheint, diesen Zustand einer wirklich eingetretenen Beeinträchtigung gleichzusetzen. Im Falle lediglich eines Verdachts ist aber schon die Vorstufe hierzu, nämlich

das Vorliegen eines entsprechenden Sachverhalts, nicht zweifelsfrei gegeben. Man kann bei der Lösung des Problems auch nicht in der Weise differenzieren, daß man zwar dann eine Gleichstellung vornimmt, wenn bei angenommener Erwiesenheit des Verdachts eine direkte Beeinträchtigung vorläge, jedoch wegen doppelter Ungewißheit hiervon Abstand nimmt, wenn sich hierbei nur eine konkrete Gefahr ergäbe. Denn eben wurde als richtig erkannt, daß auch die konkrete Gefahr der tatsächlichen Beeinträchtigung der Belange der Bundesrepublik Deutschland gleichzusetzen ist. Man wird vielmehr schon deshalb anders entscheiden müssen, weil die notwendige Ablehnung einer AE nach § 2 Abs. 1 S. 2 AuslG eine Beeinträchtigung voraussetzt und selbst bei großzügiger Auslegung nicht mehr von einer Beeinträchtigung gesprochen werden kann, wenn es schon an zweifelsfreien Grundlagen hierfür fehlt. Es besteht für die Praxis auch kein wirkliches Bedürfnis, eine Beeinträchtigung von Belangen anzunehmen. Solche Fälle eines erheblichen Verdachts unterfallen vielmehr den sich an die Verneinung einer Beeinträchtigung von staatlichen Belangen anschließenden Ermessensermäßigungen und können hierbei u.U. zulasten des Ausländers gewürdigt werden.<sup>337)</sup>

Die AE muß einem Ausländer auch dann zwingend versagt werden, wenn ihn selbst an der Tatsache, daß sein Aufenthalt Belange der Bundesrepublik Deutschland beeinträchtigt bzw. bei künftiger Anwesenheit beeinträchtigen würde, keinerlei Verschulden trifft. Entsprechend ihrem sicherheitsrechtlichen Charakter knüpfen nämlich die Normen des Aufenthaltsrechts nicht an subjektive Merkmale, sondern lediglich an eine objektive Gefährdung der Staatsinteressen an.<sup>338)</sup>

#### cc) Beispiele einer Beeinträchtigung von Belangen der Bundesrepublik Deutschland

Für die zuständigen Behörden stellt die Entscheidung der Frage, ob die Anwesenheit eines Ausländers im konkreten Fall einen Belang der Bundesrepublik Deutschland beeinträchtigt bzw. bei künftiger Anwesenheit beeinträchtigen würde und deshalb nach

§ 2 Abs. 1 S. 2 AuslG die AE versagt werden muß, eine nicht immer leichte Aufgabe dar. Zwar wird es meist sehr einfach sein, ein Staatsinteresse festzustellen, dem die Anwesenheit eventuell widersprechen könnte. Schwieriger ist es aber schon, dieses Staatsinteresse zweifelsfrei als ein **w i c h t i g e s** einzustufen; nur dann handelt es sich ja um einen Belang der Bundesrepublik Deutschland (siehe S.111ff.). Nicht zuletzt muß noch eine Entscheidung darüber getroffen werden, ob die Anwesenheit des Ausländers dieses wichtige Staatsziel auch wirklich tangiert oder sich diesem gegenüber nur indifferent verhält. Bei der Bewältigung dieser Subsumtionsaufgabe kommt der Gesetzgeber der Exekutive aber zu Hilfe.

α) Ausweisungstatbestände (§ 10 Abs. 1 AuslG)

Das Ausländergesetz bezeichnet nämlich u.a. in seinem § 10, welcher die Ausweisung regelt, zehn Lebenssachverhalte, die nach dem Willen des Gesetzgebers unwiderlegbar als Beeinträchtigungen zumindestens von Belangen, u.U. sogar von erheblichen Belangen zu gelten haben, bei deren Vorliegen daher die AE zwingend versagt werden muß.

Die Nummern 1 bis 10 des § 10 AuslG beinhalten Tatbestände, die sich jeweils in bezug zu ganz bestimmten Staatsinteressen setzen lassen. Diese sind teilweise direkt angesprochen, beispielsweise wenn von der freiheitlich demokratischen Grundordnung oder von der Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland (Nr. 1) oder von der öffentlichen Gesundheit oder Sittlichkeit (Nr. 9) die Rede ist. In anderen Fällen kann das inmitten stehende Staatsinteresse allerdings nur mittelbar bestimmt werden; so, wenn mit der Anführung der Berufsausübungsvorschriften (Nr. 5) die Erhaltung der Leistungsfähigkeit der Wirtschaft angesprochen ist.

Bei allen angesprochenen Interessen handelt es sich um wichtige Staatsinteressen und damit um Belange der Bundesrepublik Deutschland. Diese Behauptung muß beispielsweise im Falle der

freiheitlich demokratischen Grundordnung oder der Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland nicht erst näher begründet werden. Was die anderen Interessen angeht, so läßt sich diese Feststellung mit folgenden Überlegungen begründen:

Schon die Tatsache, daß der Gesetzgeber bei Vorliegen einer der in den Nummern 1 bis 10 geschilderten Tatbestände den Behörden die Möglichkeit zur Ausweisung des Ausländers einräumt, spricht bei den weitreichenden rechtlichen Konsequenzen dieser Maßnahmen für eine hohe Einschätzung der angesprochenen Staatsinteressen. Dem Ausländer darf nämlich in Zukunft für dauernd oder auf Zeit keine AE mehr eingeräumt werden; er muß bereits an der Grenze zurückgewiesen werden und zwar auch dann, wenn der Grund für seine Ausweisung später weggefallen sein sollte, §§ 15 Abs. 1 S. 1, 18 Abs. 1 S. 1 AuslG (näheres hierzu S.236ff.) Dagegen kann nach bloßer Versagung der AE diese später nach erneuter Antragstellung und nach Wegfall der Versagungsgründe ohne weiteres erteilt werden. Knüpft also der Gesetzgeber an die in den Nummern 1 bis 10 des § 10 Abs. 1 AuslG geschilderten Tatbestände die Möglichkeit der Verfügung einer so einschneidenden Maßnahme wie die Ausweisung, so rechtfertigt dies die Annahme, daß er wichtige Staatsinteressen gefährdet sieht.

Diese Interpretation wird durch den Gesetzgeber auch ausdrücklich bestätigt. Durch den Gebrauch der Worte "erhebliche Belange der Bundesrepublik Deutschland aus anderen Gründen beeinträchtigt" erläutert er in der Nummer 11 des § 10 Abs. 1 AuslG die vorangehenden Nummern 1 bis 10 in zweifacher Hinsicht:

Einmal unterstellt er dadurch die in Nr.1-10 bezeichneten Staatsinteressen ausdrücklich zumindestens dem Begriff "Belange der Bundesrepublik Deutschland" und ordnet damit bindend an, daß diese Staatsziele von der Exekutive wenigstens als wichtige Staatsinteressen zu betrachten sind. Zum anderen wird durch die Nr. 11 festgelegt, daß alle Vorgänge, die in den vorangegangenen Nummern 1 bis 10 geschildert sind, auch als Beeinträchtigungen der jeweils wichtigen Staatsinteressen zu werten sind.

Ist deshalb bei Anwesenheit oder künftiger Anwesenheit eines Ausländers einer dieser Sachverhalte des § 10 Abs. 1 AuslG er-

füllt, so ist davon auszugehen, daß die zuständige Behörde, falls sie bei einem anwesenden Ausländer nicht schon nach pflichtgemäßem Ermessen die Ausweisung verfügen will, wenigstens die AE gemäß § 2 Abs. 1 S. 2 AuslG zwingend versagen muß. Dies ist die Auffassung fast der gesamten Rechtsprechung und Literatur.<sup>339)</sup>

Einige vertreten allerdings in Übereinstimmung mit Nr. 4 zu § 2 der AuslG VwV die Auffassung, daß das Vorliegen eines der Tatbestände des § 10 Abs. 1 AuslG keinesfalls immer notwendigerweise, sondern allenfalls in der Regel zwingend zur Versagung der AE führen müsse. Wie bei einer Ausweisung nach § 10 Abs. 1 AuslG innerhalb der Ermessensausübung, seien auch bei der AE innerhalb des unbestimmten Rechtsbegriffes der Beeinträchtigung der Belange der Bundesrepublik Deutschland die näheren Umstände des Einzelfalls, insbesondere Art und Schwere der Verwirklichung des Ausweisungstatbestandes sowie die persönlichen Verhältnisse des Ausländers unter den Gesichtspunkten der Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit zu berücksichtigen. Denn andernfalls könnte die Absicht des § 2 Abs. 1 S. 2 AuslG, nämlich die Erteilung der AE grundsätzlich in das Ermessen der Behörde zu stellen, nicht zur Geltung kommen. Ein Verhalten, das eine Ausweisung nach § 10 I rechtfertige, müsse deshalb, wenn es unter den Begriff "Belange" fallen soll, von größerem Gewicht und damit in der Lage sein, sich auf den Staat oder die Allgemeinheit nachteilig auszuwirken.<sup>340)</sup>

Gegen diese Auffassung lassen sich von vorneherein folgende Einwände erheben:

Das Gesetz räumt zwar den Behörden bei der Erteilung einer AE einen Ermessensspielraum ein; es würde jedoch zu weit gehen, wollte man behaupten, daß es sich hierbei um einen Grundsatz des Gesetzes handle, denn der Wortlaut des § 2 Abs. 1 Satz 2 AuslG ergibt eindeutig, daß die Eröffnung des Ermessensspielraums zunächst allein und ohne Einschränkung davon abhängig ist,



daß die Anwesenheit eines Ausländers keine Belange der Bundesrepublik Deutschland beeinträchtigt. Läßt sich demnach ein "Grundsatz" der geschilderten Art nicht ausmachen, so lassen sich hieran auch keine rechtlichen Folgerungen, gleich welcher Art, knüpfen. Diese Feststellung steht nicht im Widerspruch zu der oben S.111 entwickelten Auffassung, daß nur die wichtigen Staatsinteressen unter den Begriff "Belange" fallen und die weit größere Zahl der übrigen Staatsziele erst im Rahmen der Ermessensausübung zum Tragen kommen können, denn diese Interpretation entspringt nicht der Vorstellung, daß auf diese Weise einem angeblich vom Gesetzgeber in Fragen der AE gewollten Grundsatz der Ermessensentscheidung in möglichst großem Umfang entsprochen werden soll, sondern der Einsicht, daß andernfalls für Ermessensentscheidungen überhaupt kein Anwendungsbereich mehr verbleiben würde.

Außerdem läßt sich aus der Tatsache, daß § 10 Abs. 1 AuslG bei Erfüllung eines Ausweisungstatbestandes den Erlaß einer Ausweisungsverfügung nicht gebietet, sondern nur in das pflichtgemäße Ermessen der Behörde stellt, keinesfalls herleiten, daß bei Vorliegen eines Ausweisungstatbestandes auch hinsichtlich der Entscheidung der Frage der Erteilung einer AE die Umstände des Einzelfalls innerhalb des unbestimmten Rechtsbegriffs "Belange der Bundesrepublik Deutschland" gegeneinander abgewogen werden können und müssen. Zunächst einmal ist es durchaus sinnvoll, wenn der Gesetzgeber bei Vorliegen eines Ausweisungsgrundes die Ausweisung in das pflichtgemäße Ermessen stellt, die Versagung der AE jedoch zwingend anordnet; die Ausweisung beinhaltet nämlich neben dem Gebot, das Bundesgebiet zu verlassen, noch andere weitreichende Rechtsfolgen (s. S.235 ff.) deren Eintreten möglicherweise nicht opportun erscheint, während dem Gesetzgeber sehr wohl daran gelegen sein kann, daß der Ausländer wenigstens das Land verläßt.

Steht nach dem klaren Wortlaut des § 2 Abs. 1, Satz 2 AuslG aber fest, daß die AE ohne jeden Ermessensspielraum versagt werden muß, wenn Belange der Bundesrepublik Deutschland beeinträchtigt sind, dann ist es rechtlich unzulässig, indirekt doch wieder



zu einer Ermessensentscheidung zu gelangen, indem man — wie z.B. das OVG Berlin in seinem Urteil v. 24.2.71 (JZ 71, 650)— innerhalb des unbestimmten Rechtsbegriffes "Belange der Bundesrepublik Deutschland" Erforderlichkeits- oder Verhältnismäßigkeitserwägungen anstellt. Das Gesetz läßt auf die Frage, ob durch die Anwesenheit eines Ausländers Belange der Bundesrepublik Deutschland beeinträchtigt werden, jeweils nur eine richtige Antwort zu. Zwar hält man es im Zusammenhang mit der Subsumtion unter unbestimmte Rechtsbegriffe für möglich, daß sich ein Sachverhalt einer eindeutigen Wertung entzieht und gesteht in solchen Fällen der Exekutive einen durch die Gerichte nicht überprüfbaren Beurteilungsspielraum zu.

Von der Rechtsprechung ist die Lehre vom Beurteilungsspielraum allerdings aber nur sehr zurückhaltend übernommen worden. Sie wird vom Bundesverwaltungsgericht lediglich bei Prüfungsentscheidungen, prüfungsähnlichen Entscheidungen im Schulbereich und bei Werturteilen der Dienstherren über ihre Beamten anerkannt, (vgl. Dürig in Maunz-Dürig-Herzog, Art. 19 Abs. IV Rdnr. 32; Eyermann-Fröhler, VwGO, § 114, Rdnr. 9 ff; Redeker vor Oertzen, VwGO, § 114, Anm. 8 und die dort angegebene Rechtsprechung und Literatur).

Aber selbst wenn man im Falle der "Belange der Bundesrepublik Deutschland" einen Beurteilungsspielraum annehmen wollte, würde dies nicht zu den vom OVG Berlin a.a.O. vorgenommenen Erforderlichkeits- oder Verhältnismäßigkeitserwägungen berechnen, denn solche Überlegungen könnten sich theoretisch allenfalls hinsichtlich der zu ergreifenden Maßnahmen stellen, während es hier erst um die Feststellung geht, ob der Sachverhalt den Tatbestand ausfüllt, an den das Gesetz eine Maßnahme knüpft.

Es ist jedoch kein Grund ersichtlich den vom BVerwG anerkannten engen Anwendungsbereich eines Beurteilungsspielraums auf den unbestimmten Rechtsbegriff "Belange der Bundesrepublik Deutsch-

land" auszuweiten. Das Bundesverfassungsgericht hat in seinem Urteil v. 30.10.1956 (DVBl 57,200 (202/3)) hinsichtlich des vom Gesetzgeber in § 7 Abs. 1 lit. a des Paßgesetzes gebrauchten und in gewisser Sachnähe zum Ausländergesetz stehenden Begriffes "sonstige erhebliche Belange" die verwaltungsgerichtliche Überprüfbarkeit in vollem Umfang angenommen.

Auch eine Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts (E 18, 247 (251)) ist in diesem Zusammenhang aufschlußreich. Sie beschäftigt sich zwar mit einem völlig anderen Sachgebiet, nämlich dem Baurecht, kann aber dennoch zur Klärung des Problems eines eventuellen Beurteilungsspielraums hinsichtlich des Begriffs "Beeinträchtigungen von öffentlichen Belangen" beitragen. In der Entscheidung geht es konkret um das Problem, ob ein Bauvorhaben im Außenbereich zulässig ist, wenn öffentliche Belange nicht beeinträchtigt sind (§ 35 Abs. 2 BBauG). In diesem Zusammenhang vertritt das Gericht die Auffassung, daß es auf die Frage, ob ein Sachverhalt diesem Begriff unterfällt, nur eine richtige Antwort geben könne und verneint somit im Einklang mit dem vorgenannten Urteil des Bundesverfassungsgerichts einen Beurteilungsspielraum hinsichtlich des Begriffes "Belange". Das Bundesverwaltungsgericht trifft in seiner Entscheidung zutreffend auch die Feststellung, daß bei der Subsumtion von den konkreten Verhältnissen des Einzelfalles auszugehen ist. Seiner Feststellung, daß eine rechtsfehlerfreie Subsumtion eine Abwägung öffentlicher mit privaten Interessen voraussetze, kann aber, wenigstens mit Blickrichtung auf das Aufenthaltsrecht der Ausländer, nur für den Fall gefolgt werden, daß diese privaten Interessen zugleich auch öffentliche Interessen darstellen. Läßt sich dies nicht bejahen und sind durch seine Anwesenheit wichtige staatliche Interessen beeinträchtigt, so kann auch ein noch so dringendes privates Interesse an einer Aufenthaltnahme die Tatsache nicht aus der Welt schaffen, daß Belange der Bundesrepublik Deutschland beeinträchtigt sind; die AE muß versagt werden, § 2 Abs. 1 Satz 2 AuslG.

Das OVG Berlin (U. v. 24.3.1971, JZ 71,650) und Marxen (Komm. § 2 Anm. 16) vertreten in Übereinstimmung mit der Nr. 4 AuslG Vwv die Ansicht, daß die Erfüllung eines Ausweisungstatbestandes für sich alleine nicht notwendig eine Beeinträchtigung von Belangen der Bundesrepublik Deutschland beinhalte, sondern hierfür ein Verhalten von größerem Gewicht erforderlich sei, das sich auf den Staat auswirken könne. Ob in dieser Frage nun der gegenteiligen herrschenden Meinung zu folgen ist oder ob die zuletzt geschilderte, in der Sache flexiblere Ansicht den Vorzug verdient, hängt letzten Endes von der Beantwortung der Frage ab, ob man die in den Nummern 1 bis 10 angesprochenen Staatsinteressen in jedem Falle unter den Begriff "Belange der Bundesrepublik Deutschland" subsumieren kann oder ob der Bedeutungsgrad dieser Interessen Schwankungen unterworfen ist, so daß in jedem Einzelfall geprüft werden muß, ob das jeweils tangierte Interesse den gesteigerten Anforderungen des Begriffs "Belange der Bundesrepublik Deutschland" gerecht wird.

Zunächst kann der von Marxen a.a.O. vertretenen Meinung, daß sich die Unterstellung der Ausweisungstatbestände der Nummern 1 bis 10 des § 10 Abs. 1 AuslG unter den Begriff "Beeinträchtigung der Belange der Bundesrepublik Deutschland" nicht mit einem Hinweis auf den Ausweisungstatbestand der Nr. 11 rechtfertigen lasse, folgendes entgegengehalten werden:

Wie schon oben S.122ff.dargelegt, ist es dem Gesetzgeber durchaus gestattet, von sich aus Tatbestände festzulegen, welche nach seinem Willen in jedem Falle einem von ihm angewandten unbestimmten Rechtsbegriff zu unterstellen sind, bei deren Vorliegen er also der Exekutive die Subsumtionsaufgabe abnimmt.

Weiterhin ist es ihm durchaus erlaubt, diese Tatbestände im Gesetz nur einmal, hier in § 10 Abs. 1 AuslG zu normieren,

um die Übersichtlichkeit des Gesetzes zu wahren. Hinzu kommt, daß man die Unterstellung der Ausweisungsgründe der Nummern 1 bis 10 des § 10 Abs. 1 AuslG unter den Begriff der "Beeinträchtigung von erheblichen Belangen der Bundesrepublik Deutschland" mit Wortlaut und Sinn der Nummer 11 begründen kann:

Hätte nämlich der Gesetzgeber die Absicht gehabt, mittels der Nummer 11 einen von den Nummern 1 bis 10 völlig verschiedenen und sachlich neuen Ausweisungstatbestand zu schaffen, so hätte er dieses Ziel sehr einfach durch bloßes Weglassen der Wörter "aus anderen Gründen" erreichen können. Durch den Gebrauch dieser Worte wird aber eine **W e c h s e l b e z i e h u n g** der Nummer 11 und den Nummern 1 bis 10 hergestellt:

Einmal wird klargestellt, daß man unter den "erheblichen Belangen" Tatbestände zu verstehen hat, welche zwar ihrem sachlichen Regelungsbereich nach von den vorhergehend aufgezählten Gründen verschieden, ihnen aber ihrer **Q u a l i t ä t** und **I n t e n s i t ä t** nach, wenigstens was die Untergrenze anlangt, vergleichbar sind.<sup>341)</sup> Auf der anderen Seite aber wirkt die Nummer 11 auf die Nummern 1 bis 10 in dem Sinne ein, daß die darin genannten Tatbestände als Beeinträchtigung mindestens von Belangen, wenn nicht sogar von erheblichen Belangen der Bundesrepublik Deutschland zu gelten haben.

Vor allem aber kommt der Nummer 11 eine **A u f f a n g - f u n k t i o n** für Sachverhalte zu, bei deren Vorliegen ein Ausländer zwar ebenso "ausweisungswürdig" erscheint, an die der Gesetzgeber aber bei der Kodifizierung des Ausländergesetzes nicht denken konnte oder deren besondere Benennung wegen der Seltenheit ihres Auftretens gesetzestechnisch nicht zweckmäßig erschien. Der Charakter der Nummer 11 als Auffangtatbestand ergibt sich aus der Tatsache, daß sie den Abschluß der Ausweisungsgründe bildet und als einzige keinen konkreten Ausweisungstatbestand enthält. Ein Auffangtatbestand hat aber nicht die Aufgabe, einen Ausweisungsgrund ganz eigener Qualität zu schaffen, sondern die Funktion, die

Qualität der zuvor konkret genannten Ausweisungsgründe abstrakt fortzusetzen. Enthält der Auffangtatbestand eine abstrakte Qualitätsbeschreibung in Form des unbestimmten Rechtsbegriffes "erhebliche Belange der Bundesrepublik Deutschland", so muß wiederum der Rückschluß erlaubt sein, daß auch die zuvor in den Nummern 1 bis 10 konkret genannten Ausweisungsgründe Fälle einer Beeinträchtigung von (erheblichen) staatlichen Belangen beinhalten.

Es bleibt jedoch zu prüfen, ob diese Aussage in Hinblick auf ihre weiteren rechtlichen Auswirkungen ausnahmslos Gültigkeit beanspruchen kann oder ob Korrekturen erforderlich sind: Es kann nämlich nicht geleugnet werden, daß beispielsweise die Vorstellung, einem Ausländer müsse nach einem Verstoß gegen eine Norm des Berufsausübungsrechts oder Aufenthaltsrechts unter Hinweis auf § 10 Abs. 1 Nr. 5 bzw. 6 in Verbindung mit dessen Nr. 11 die AE bzw. deren Verlängerung auch in Bagatellfällen zwingend nach § 2 Abs. 1 S. 2 AuslG versagt werden, zumindest Befremden hervorrufen muß. Man denke diesbezüglich an den Fall, daß ein Ausländer es nach seiner Einreise versäumt, unverzüglich einen Antrag auf AE zu stellen, wozu er nach § 21 Abs. 1 S. 2 AuslG verpflichtet ist oder daß er aus Versehen einmal eine nach § 7 Abs. 1 S. 2 AuslG erlassene örtliche Begrenzung seiner AE nicht beachtet hat. In solchen Fällen würde man es, wohl mit Recht, als Unbilligkeit empfinden, wollte man hieran bereits die zwangsweise Versagung der AE knüpfen.

Nun wäre allerdings nicht mit der Annahme geholfen, daß beispielsweise in den Fällen der Nummer 5 oder Nummer 6 ausnahmsweise keine erheblichen Belange, sondern nur Belange angesprochen sind; denn § 2 Abs. 1 S. 2 AuslG gebietet die Versagung der AE auch schon bei Beeinträchtigung von (nur) Belangen der Bundesrepublik Deutschland.<sup>342)</sup> Vielmehr kommt es darauf an, festzustellen, ob es denkbar ist, daß bei Erfüllung eines Ausweisungstatbestands nicht einmal Belange, sondern nur einfache Staatsinteressen beeinträchtigt sind,



mit der Folge, daß sich bei der Entscheidung über die AE ein Ermessensspielraum eröffnet.

Überprüft man unter diesem Aspekt die Ausweisungsgründe der Nummern 1 bis 10, so lassen sich, sieht man einmal von der Verschiedenartigkeit der in ihnen geregelten Materien ab, zwei verschiedene Tatbestandsgruppen feststellen:

Die eine Gruppe wird von Tatbeständen gebildet, welche die Beeinträchtigung von staatlichen Interessen beinhalten, die sich von vorneherein und unter jedem Blickwinkel als zumindest wichtige Interessen und damit als Belange bezeichnen lassen und diese ihre Eigenschaft auch nicht einzubüßen in der Lage sind: man denke beispielsweise an die Gefährdung der freiheitlichen demokratischen Grundordnung oder der Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland (Nr. 1), an die Gefährdung der öffentlichen Gesundheit oder Sittlichkeit (Nr. 9) an Täuschungshandlungen gegenüber Behörden (Nr. 7), an die Begehung von Verbrechen oder Vergehen (Nr. 2), an Verstöße gegen Einfuhr- und Ausfuhrverbote (Nr. 4).

Die andere Gruppe enthält Tatbestände, welche die Verletzung von Rechtsnormen eines zu einem bestimmten Sachgebiet ergangenen Normenkomplexes zum Gegenstand haben, ohne daß bestimmte Normen dieses Komplexes besonders genannt wären: so z.B. Verstöße gegen das Steuer-, Zoll-, Monopol- oder das Außenwirtschaftsrecht (Nr. 4) oder gegen Berufs- oder Gewerbeausübungsnormen oder Normen der unselbständigen Erwerbstätigkeit (Nr. 5). Auch Verstöße gegen Normen des Aufenthaltsrechts (Nr. 6) rechnen hierunter.

Solche Normkomplexe enthalten aber in den meisten Fällen nicht nur Kernnormen von zentraler Bedeutung und sonstige wichtige Vorschriften, sondern auch Normen minderen Bedeutungsgrades, z.B. Ordnungs- oder Verfahrensvorschriften. Eine Verletzung von Normen letzterer Art vermag aber das



zentrale Anliegen einer gesetzlichen Regelung meist nicht in Frage zu stellen. Es kann nicht angenommen werden, daß der Gesetzgeber Verstöße gegen solche Sekundärnormen als Beeinträchtigung von wichtigen Staatsinteressen eingestuft wissen will. Das Gegenteil läßt sich in diesen Fällen ausnahmsweise auch nicht der Nr. 11 des § 10 Abs. 1 AuslG entnehmen; verwendet der Gesetzgeber nämlich Ausweisungstatbestände dieser besonderen Art, so läßt sich auch eine modifizierte Auslegung der hierauf rückbezogenen Vorschrift der Nr. 11 rechtfertigen. Zwar ist weiterhin daran festzuhalten, daß der Gesetzgeber i.d.R. mit Hilfe der Nr. 11 eine Interpretation der Tatbestände der Nummern 1 bis 10 in dem Sinne durchführt, daß bei ihrem Vorliegen erhebliche Belange der Bundesrepublik Deutschland beeinträchtigt sind. Ein solcher Wille des Gesetzgebers kann jedoch aus den genannten Gründen dann, aber auch nur dann nicht angenommen werden, wenn es sich um die Verletzung von unbedeutenden Vorschriften aus einem ganzen Normenkomplex handelt. Die Bedeutung einer Norm muß im Einzelfall aus ihrer Stellung im Gesamtgefüge des Normenkomplexes ermittelt werden.

Ist also in der Person eines Ausländers ein Ausweisungstatbestand erfüllt (die Ausweisungstatbestände erfahren ihre nähere Erläuterung im Vierten Abschnitt (S.238)), so darf ihm, von den eben erläuterten Ausnahmen abgesehen, gemäß § 2 Abs. 1 S. 2 AuslG in keinem Falle eine AE erteilt werden. Die zuständige Behörde muß auf einen diesbezüglichen Antrag mindestens mit dessen formaler Ablehnung reagieren. Falls sich der Ausländer bereits im Bundesgebiet befindet, steht es darüber hinaus in ihrem pflichtgemäßen Ermessen, den Ausländer auszuweisen. Die Ausweisung beinhaltet dann neben ihren sonstigen weitreichenden Wirkungen auch die Ablehnung des Antrags auf AE.

β) Beeinträchtigung von Belangen der Bundesrepublik Deutschland durch politische Betätigung (§ 6 Abs. 2 und 3 AuslG)

Der Gesetzgeber leistet auch durch § 6 Abs. 2 und 3 AuslG, welcher sich mit der politischen Betätigung der Ausländer befaßt, Hilfe bei der Entscheidung der Frage, ob durch die Anwesenheit eines Ausländers Belange der Bundesrepublik Deutschland beeinträchtigt werden und deshalb nach § 2 Abs. 1 S. 2 AuslG die Aufenthaltserlaubnis versagt werden muß.

Aus den Worten des § 6 Abs. 2 AuslG: "...oder sonstige erhebliche Belange der Bundesrepublik Deutschland es erfordern" kann zwanglos entnommen werden, daß die zuvorgenannte "öffentliche Sicherheit oder Ordnung" sowie die "ungestörte politische Willensbildung in der Bundesrepublik Deutschland" zu den (erheblichen) staatlichen Belangen zu rechnen sind.<sup>343)</sup>

Aber auch die Beachtung der Normen des Völkerrechts, die Bewahrung der freiheitlich demokratischen Grundordnung sowie das staatliche Interesse daran, daß Ausländer keine ausländischen Vereinigungen unterstützen, die mit den Verfassungsgrundsätzen der freiheitlichen demokratischen Grundordnung nicht in Einklang zu bringen sind, stellen (erhebliche) Belange der Bundesrepublik Deutschland dar, was sich dem Aufbau der Abs. 2 und 3 entnehmen läßt: steht den Behörden bei Gefährdung der in Abs. 2 genannten Rechtsgüter noch ein Ermessensspielraum bezüglich des "Ob" und "Wie" ihrer Reaktion offen (Beschränkung oder Versagung der politischen Betätigung), so ist ihr bei Beeinträchtigung der in Abs. 3 genannten Rechtsgüter jede Einflußnahme genommen, weil die politische Betätigung dann von Gesetzes wegen schlechthin unerlaubt ist. Diese Reaktionssteigerung kann ihre Ursache nur in einer noch höheren Wertschätzung der genannten Güter durch den Gesetzgeber haben. Stellen also schon die in Abs. 2 genannten Rechts-

güter erhebliche Belange dar, dann unterfallen diesem Begriff erst recht die in Abs. 3 des § 6 AuslG aufgeführten Werte.

Beeinträchtigt ein Ausländer diese in § 6 AuslG bezeichneten erheblichen Belange der Bundesrepublik Deutschland, so muß ihm nach § 2 Abs. 1 S. 2 AuslG die beantragte Aufenthaltserlaubnis versagt werden. Dieser Satz begegnet jedenfalls dann keinen rechtlichen Bedenken, wenn diese Beeinträchtigung in einer anderen als gerade in einer politischen Betätigung ihre Ursache hat.

Hat jedoch ein Ausländer diese Belange durch politisches Handeln beeinträchtigt, so können sich Zweifel erheben, ob in diesem Fall die oben genannte Rechtsfolge zum Zuge kommen kann, denn es wäre immerhin denkbar, daß § 6 AuslG als ausschließliche Spezialregelung dieser Fälle gedacht ist und deshalb an sie für den Fall, daß keine anderen als die in § 6 AuslG genannten Belange beeinträchtigt sind, weder eine Versagung der AE noch eine Ausweisung geknüpft werden darf. Der Wortlaut des § 6 Abs. 2 und 3 AuslG zwingt jedoch nicht zu dieser Annahme. Außerdem müßte die Vorstellung befremden, daß zwar bei einem Verstoß z.B. gegen Vorschriften des Steuerrechts die AE zu versagen bzw. eventuell eine Ausweisung zulässig wäre, daß aber bei einer noch so starken Beeinträchtigung der öffentlichen Sicherheit oder Ordnung durch die politische Betätigung eines Ausländers der Staat lediglich auf eine Beschränkung bzw. Untersagung derselben und bei einem Verstoß gegen eine solche Verfügung auf eine Bestrafung bzw. Ahndung mit Bußgeld nach § 47 Abs. 1 Nr. 4 AuslG bzw. § 48 Abs. 1 Nr. 5 AuslG angewiesen sein soll.

Viel naheliegender ist die umgekehrte Annahme, daß der Gesetzgeber durch § 6 Abs. 2 und 3 AuslG bei grundsätzlicher Erhaltung der übrigen Eingriffsmöglichkeiten der Exekutive eine mildere Alternative bei nicht so schwerwiegenden Fällen einräumen will. Es ist dabei aber zu unterscheiden: ist die

AE schon erteilt worden und noch nicht wieder abgelaufen, so können bei Erfüllung eines der Tatbestände des § 6 Abs. 2 und 3 AuslG nach Ausübung pflichtgemäßen Ermessens und hierbei besonders unter strikter Beachtung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit des Mittels demnach folgende Reaktionsmöglichkeiten in Betracht kommen: unter Umständen sieht sich der Staat nicht genötigt, Gegenmaßnahmen zu ergreifen. In anderen Fällen mag es erforderlich aber auch ausreichend sein, die politische Betätigung wenigstens einzuschränken. Gegebenenfalls kann es aber sogar erforderlich sein, daß sie untersagt wird, was deklaratorisch auch in den Fällen des Abs. 3 möglich und zweckmäßig ist.<sup>344)</sup> Es muß jedoch beachtet werden, daß für den Fall des Betroffenseins der öffentlichen Sicherheit oder Ordnung eine Beschränkung oder Untersagung der politischen Betätigung nur bei einer bereits eingetretenen Störung, nicht aber schon bei bloßer Gefahr für dieses Rechtsgut in Betracht kommen kann. Dies ergibt sich aus dem Wortlaut des § 6 Abs. 2 AuslG, wonach zwar für diese Maßnahmen für den Fall des Betroffenseins der politischen Willensbildung deren Beeinträchtigung genügt, im Falle der öffentlichen Sicherheit oder Ordnung jedoch eine Störung erforderlich ist. Nur wenn diese Mittel nicht ausreichen, wird der Staat zum einschneidendsten Mittel greifen und den Ausländer ausweisen, wenn seine Anwesenheit zu einer zu starken Belastung der Bundesrepublik Deutschland führen würde.<sup>345)</sup> In Fällen des § 6 Abs. 2 AuslG kann dabei die Ausweisung auf die Nummern 1 oder 11 oder, bei Mißachtung einer ergangenen Beschränkungs- oder Versagungsverfügung, sogar auf die Nr. 6 des § 10 Abs. 1 AuslG gestützt werden.<sup>346)</sup> Ein Verstoß gegen § 6 Abs. 3 AuslG erfüllt in jedem Falle den Tatbestand des § 10 Abs. 1 Nr. 6 AuslG, es kann aber auch zusätzlich die Nr. 1 (für den Fall des § 6 Abs. 3 Nr. 2 AuslG) oder die Nr. 11 in Betracht kommen. Es ist nicht erforderlich, daß zuvor eine deklaratorische Verbotsverfügung ergangen ist.<sup>347)</sup> Beeinträchtigt bei bestehender AE die politische Betätigung lediglich Belange und nicht erhebliche Belange der Bundes-

republik Deutschland, so kommt eine Versagung oder eine Beschränkung der politischen Betätigung nicht in Betracht. Eine solche Rechtsfolge kann aber auch nicht im Wege einer Bedingung oder Auflage zur AE zur Geltung gebracht werden, denn die eingehende Regelung des § 6 Abs. 2 und Abs. 3 AuslG hinsichtlich der Beschränkung oder Untersagung einer politischen Betätigung muß materiellrechtlich als abschließend in dem Sinne angesehen werden, daß daneben auf § 7 Abs. 3 oder 4 gestützte Bedingungen oder Auflagen, welche nach § 6 Abs. 2 oder 3 AuslG nicht erlaubte Beschränkungen oder Untersagungen der politischen Betätigung zum Inhalt haben, nicht möglich sind. Andernfalls würde § 6 Abs. 2 und 3 AuslG durch Erlaß von Bedingungen oder Auflagen nach § 7 Abs. 3 und 4 AuslG praktisch umgangen werden können und leerlaufen.<sup>348)</sup> Es kommt auch keine Ausweisung in Betracht, vielmehr muß das Erlöschen der AE abgewartet werden.

Wird aber eine AE erstmals beantragt oder muß über ihre Verlängerung entschieden werden, so stellt sich die Rechtslage gänzlich anders dar:

Beeinträchtigt die politische Tätigkeit eines bereits anwesenden Ausländers die in § 6 Abs. 2 oder 3 AuslG genannten erheblichen Belange oder steht auf Grund von Tatsachen ernstlich zu befürchten, daß es bei künftiger Anwesenheit eines Ausländers mit großer Wahrscheinlichkeit zu solchen Schwierigkeiten kommen wird, so können bloße Verfügungen nach § 6 Abs. 2 und 3 AuslG gar nicht erst in Betracht gezogen werden, vielmehr muß die AE bzw. deren Verlängerung abgelehnt werden.<sup>349)</sup> Dies folgt zwangsläufig aus § 2 Abs. 1 S. 2 AuslG, der die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis bzw. deren Verlängerung nicht zuläßt, wenn Belange der Bundesrepublik Deutschland beeinträchtigt sind bzw. bei künftiger Anwesenheit beeinträchtigt sein würden.

Dies gilt auch für den Fall einer durch politische Betätigung herbeigeführten (bloßen) konkreten Gefahr für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung, obwohl für eine Beschränkung



oder Untersagung der politischen Betätigung nach § 6 Abs. 2 AuslG nicht nur eine konkrete Gefährdung, sondern eine bereits eingetretene **S t ö r u n g** erforderlich ist. Die Beschränkung der Eingriffsmöglichkeiten hinsichtlich der politischen Betätigung eines Ausländers bei Beeinträchtigung der öffentlichen Sicherheit oder Ordnung auf Fälle einer **S t ö r u n g** kann sich für den Ausländer erst dann positiv auswirken, wenn er die "Eingangshürde" des § 2 Abs. 1 S. 2 AuslG überwunden hat.

Liegt eine Beeinträchtigung von Rechtsgütern des § 6 Abs. 2 und 3 AuslG vor, so muß die AE bzw. deren Verlängerung zwingend versagt werden. Da es sich bei den angesprochenen Staatsinteressen um **e r h e b l i c h e** Belange handelt (siehe S.133), braucht sich die Behörde u.U. nicht auf eine bloße Versagung beschränken, sondern kann nach pflichtgemäßem Ermessen darüber hinaus sogar eine Ausweisungsverfügung erlassen.

Die Alternative heißt hier also nicht: Versagung bzw. Nichtverlängerung der AE auf der einen Seite oder bloße Beschränkung bzw. Versagung der politischen Tätigkeit auf der anderen Seite, sondern sie kann nur lauten: Versagung der AE ohne Ausweisung oder Versagung der AE in Gestalt einer Ausweisung mit ihren weitreichenden Rechtsfolgen.

Werden durch die politische Betätigung des Ausländers lediglich Belange, aber keine erheblichen Belange beeinträchtigt, so kann diese Betätigung schon deshalb nicht beschränkt oder untersagt werden, weil der Tatbestand des § 6 Abs. 2 oder 3 AuslG nicht erfüllt ist. Auch dann ist ein Ausweichen auf Auflagen und Bedingungen nach § 7 AuslG nicht möglich.

Jedoch muß die AufenthaltsE bzw. deren Verlängerung zwingend versagt werden (§ 2 Abs. 1 S. 2 AuslG). Da aber keine erheblichen Belange beeinträchtigt sind, kann hier eine Versagung im Wege der Ausweisung nicht in Betracht kommen.

Ein Ermessensspielraum bei Erteilung oder Verlängerung der AE

kann sich lediglich dann eröffnen, wenn durch die politische Betätigung nur sonstige Interessen, nicht aber Belange betroffen sind.

Im einzelnen werden in § 6 Abs. 2 und 3 AuslG nachfolgende Belange der Bundesrepublik Deutschland genannt:

αα) Die öffentliche Sicherheit oder Ordnung

Der Schutz der öffentlichen Sicherheit oder Ordnung ist, bezogen auf den konkreten Einzelfall, i.d.R. den erheblichen Belangen der Bundesrepublik Deutschland zuzurechnen.<sup>350)</sup>

Der unbestimmte Rechtsbegriff der öffentlichen Sicherheit oder Ordnung ist nach einhelliger Meinung auch im Ausländerrecht im Sinne des allgemeinen Polizeirechts auszulegen.<sup>351)</sup>

Nach einer Entscheidung des Bayerischen Verfassungsgerichtshofs vom 13.10.1951 (VGHE.N.F.4,194 ff. (205)), der das Schrifttum zum allgemeinen Polizeirecht folgt,<sup>352)</sup> hat man unter öffentlicher Sicherheit "die Unversehrtheit von Gesundheit, Ehre, Freiheit und Vermögen sowie der Rechtsordnung und der grundlegenden Einrichtungen des Staates" zu verstehen, und unter öffentlicher Ordnung "die Gesamtheit jener ungeschriebenen Regeln für das Verhalten des einzelnen in der Öffentlichkeit, deren Beachtung nach den jeweils herrschenden Anschauungen als unerläßliche Voraussetzung eines geordneten staatsbürgerlichen Gemeinschaftslebens betrachtet wird."

Gehört die Unversehrtheit der Rechtsordnung zur öffentlichen Sicherheit, so muß jeder Verstoß gegen eine Norm des positiven geltenden Rechts, einerlei ob es sich um öffentliches oder privates Recht handelt, als ein die öffentliche Sicherheit beeinträchtigender Vorgang angesehen werden. Auch der Bruch einer privatrechtlichen Norm stellt nicht nur eine Mißachtung des durch sie geschützten Rechtsgutes bzw. deren Träger dar, sondern beinhaltet gleichzeitig auch einen Angriff gegen öffentliche Interessen, weil darin eine "Negation des Staatswillens" zum Ausdruck kommt.<sup>353)</sup> Wenn auch die Wahrnehmung des Schutzes

des bürgerlichen Rechts der Zuständigkeit der Polizei im materiellen und institutionellen Sinn grundsätzlich entzogen und der ordentlichen Gerichtsbarkeit übertragen ist (welche allerdings nur auf Initiative des Einzelnen tätig wird), so stellt dies dennoch nur eine Verlagerung der Zuständigkeit dar, ändert aber letzten Endes nichts daran, daß, materiellrechtlich gesehen, bei Nichteinhaltung der Normen des bürgerlichen Rechts die öffentliche Sicherheit gestört ist. Der Wille des Staates, die öffentliche Sicherheit auch auf dem Gebiet des Privatrechts nötigenfalls mit seinen ihm zu Gebote stehenden Zwangsmitteln aufrechtzuerhalten wird spätestens dann deutlich, wenn die Vollstreckung eines privatrechtlichen Titels durch den Gerichtsvollzieher auf tatsächliche Schwierigkeiten stößt und auf sein Ansuchen hin die Polizei (im institutionellen Sinn) Gewalt anwenden darf und muß (§ 758 Abs. 3 ZPO; Art. 3, Art. 4 Abs. 2, Art. 5 Abs. 2 Nr. 3 lit. c, Art. 38 ff. des bayerischen Polizeiaufgabengesetzes - PAG -).

Die Einbeziehung der Unversehrtheit der gesamten Rechtsordnung unter den Rechtsbegriff der öffentlichen Sicherheit bringt jedoch für das Ausländerrecht Schwierigkeiten mit sich: da nämlich die Abwehr von Störungen der öffentlichen Sicherheit durch § 6 Abs. 2 AuslG als (sonstiger) erheblicher Belang der Bundesrepublik Deutschland eingestuft ist (siehe S.133 ff) und also im Falle einer Störung dieser Sicherheit durch die Anwesenheit eines Ausländers diesem die AE bzw. deren Verlängerung zwingend versagt werden muß (§ 2 Abs. 1 S. 2 AuslG), würde dies bei gleicher Auslegung dieses Rechtsbegriffs wie im allgemeinen Sicherheitsrecht bedeuten, daß diese zwingende Rechtsfolge schon bei geringster, auch schuldloser Mißachtung einer beliebigen Rechtsnorm öffentlich-rechtlichen oder bürgerlich-rechtlichen Inhalts zum Zuge käme.

Es liegt auf der Hand, daß eine solche Auslegung zu weit führen würde. Läßt sich unter Umständen gerade noch die Ansicht vertreten, daß solche Gründe in ganz extremen Aus-

nahmefällen eine auf Ermessenserwägungen gestützte Ablehnung der Erteilung oder Verlängerung einer AE zu rechtfertigen vermögen, so erscheint es schlechterdings undenkbar, daß der Gesetzgeber in solchen Bagatellfällen die zwangsweise Ablehnung der AE bzw. ihrer Verlängerung habe anordnen wollen. Vielmehr können entsprechend oben S.111 vorgenommener Definition der Rechtsbegriffe "Belange" bzw. "erheblicher Belange" nur Verstöße gegen solche Rechtsnormen als die öffentliche Sicherheit beeinträchtigend angesehen werden, welche dem Schutz wichtiger bzw. überragend wichtiger Staatsinteressen dienen. Nur eine solche einschränkende Interpretation des Begriffes "öffentliche Sicherheit" führt im Zusammenhang mit der Erteilung bzw. Verlängerung einer AE zu einem sachgerechten Ergebnis. Es entspricht dem schon zuvor (S.130 ff.) gewonnenen Ergebnis, daß für den Fall, daß der Gesetzgeber einen ganzen Normenkomplex zu Belangen der Bundesrepublik Deutschland erklärt hat, jede in Betracht kommende Norm daraufhin zu überprüfen ist, ob sie ein wichtiges Staatsinteresse zu schützen bestimmt ist.

Im Gegensatz hierzu kann der Begriff "öffentliche Ordnung" im Ausländerrecht in der gleichen Auslegung wie im Sicherheitsrecht verwendet werden, da hierunter nur solche ungeschriebenen Regeln rechnen, deren Beachtung die u n e r l ä ß l i c h e V o r a u s s e t z u n g eines geordneten staatsbürgerlichen Gemeinschaftslebens darstellen (siehe S.138). Man wird eine Beeinträchtigung der öffentlichen Ordnung beispielsweise im Falle einer massiven Einmischung in innere Angelegenheiten der Bundesrepublik Deutschland mit der Folge der Entstehung oder Vertiefung innenpolitischer Spannungen anzunehmen haben.<sup>354)</sup> Auch Störungen des Arbeitsfriedens durch "wilde" und deshalb rechtswidrige Streiks sind hierunter zu rechnen.<sup>355)</sup> Ganz allgemein hat der Ausländer Rücksicht auf die grundlegenden politischen, religiösen und weltanschaulichen Verhaltensweisen der Angehörigen des Gastlandes zu nehmen.

ββ) Der Schutz der politischen Willensbildung in der BRD

Wird durch die Anwesenheit eines Ausländers die politische Willensbildung in der Bundesrepublik Deutschland konkret gefährdet oder sogar gestört, so muß die AE zwingend versagt werden (§ 2 Abs. 1 Satz 2 i.V.m. § 6 Abs. 2, 2. Alt. AuslG).

Unter politischer Willensbildung "in der Bundesrepublik Deutschland" wird man nicht nur solche politische Artikulationen zu verstehen haben, welche Auswirkungen auf die Bundesrepublik Deutschland als Staatsganzes haben (sollen); es fallen hierunter vielmehr auch Willensäußerungen innerhalb eines Bundeslandes oder einer Kommune. Diese Auslegung entspricht der in bezug auf § 2 Abs. 1 S. 2 AuslG allgemein vertretenen Auffassung, daß unter Belangen der Bundesrepublik Deutschland auch Belange der Länder zu verstehen sind (a.S. 111 und Anm. 320 ) und widerspricht hinsichtlich der Kommunen auch nicht der oben S. 111 vertretenen Ansicht, daß allenfalls noch Belange auf Bezirksebene als Belange der Bundesrepublik Deutschland angesprochen werden können, da die Freiheit der politischen Willensbildung in einem demokratischen Bundesstaat ein Rechtsgut derart essentiellen Wertes darstellt, daß sie auf allen diesbezüglich in Betracht kommenden politischen Ebenen einen Belang der Bundesrepublik Deutschland darstellt.

Unter "politischer Willensbildung" im Sinne des § 6 Abs. 2 2. Alt. AuslG hat man nicht nur die politische Willensbildung des Volkes im Sinne von Art. 21 Abs. 1 Satz 1 GG, sondern sicher auch die Staatswillensbildung gemäß Art. 20 Abs. 2 Satz 2 GG, zu verstehen,<sup>356)</sup> da beide Vorgänge gleichermaßen Schutz vor Beeinträchtigungen verdienen. Vergewärtigt man sich, wer den politischen Willen in diesem Sinn bildet,<sup>357)</sup> so



ist an erster Stelle das aus den Staatsangehörigen bestehende Volk der BRD zu nennen, das seinen politischen Willen durch Wahlen (Art. 20 Abs. 2, Art. 28 Abs. 1 und Art. 38 GG), durch Abstimmungen (vgl. Art. 29 GG. In Bayern: Art. 18 Abs. 3; 72 Abs. 1 BV) oder durch Bildung einer sogenannten "öffentlichen Meinung" artikuliert. Wenn auch die gesetzgebenden Körperschaften und die Regierungen die Aufgabe haben, durch Erlass von Gesetzen bzw. Rechtsverordnungen und Verwaltungsvorschriften einen politischen Willensbildungsprozeß zum Abschluß zu bringen, so muß dennoch das Beratungsstadium als eine der entscheidendsten Phasen der politischen Willensbildung bezeichnet werden.

Die Mitwirkung der Parteien bei der politischen Willensbildung des Volkes ist durch Art. 21 Abs. 1 Satz 1 GG verfassungsrechtlich garantiert.<sup>358)</sup>

Auch Vereinig. ohne Parteicharakter, wie beispielsweise die Gewerkschaften oder Arbeitsgeberverbände (Art. 9 Abs. 3 GG) können erheblichen Einfluß auf die politische Willensbildung ausüben.

Nicht zuletzt sieht es auch Presse bzw. Rundfunk (Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG) als eine der wichtigsten Aufgaben an, auf den politischen Meinungsbildungsprozeß einzuwirken.

Von einer Beeinträchtigung der politischen Willensbildung des Volkes oder der Staatswillensbildung durch einen Ausländer kann nur bei einer echten Hinderung des politischen Meinungsentwicklungsprozesses, nicht aber schon bei bloßer Äußerung einer von der gängigen politischen Meinung abweichenden Auffassung gesprochen werden.<sup>359)</sup> Von einer Beeinträchtigung der politischen Willensbildung könnte beispielsweise dann gesprochen werden, wenn zur Erreichung politischer Ziele Drohungen angewendet, Einschüchterungskampagnen geführt, Bestechungsangebote unterbreitet oder Wahlversammlungen gestört werden oder wenn das Parlament genötigt wird.<sup>360)</sup>

γ) Verbot einer gegen das Völkerrecht verstoßenden politischen Betätigung

§ 6 Abs. 3 Nr. 1 AuslG verbietet eine gegen das Völkerrecht verstoßende politische Betätigung. Dies läßt erkennen, daß die Bundesrepublik Deutschland der Einhaltung der Normen des Völkerrechts besondere Aufmerksamkeit widmet. Diese durch den einfachen Gesetzgeber vorgenommene Bewertung der Unversehrtheit des Völkerrechts als eines besonders wichtigen Staatsinteresses findet sich im übrigen bezüglich der allgemeinen Regeln des Völkerrechts auch in der Verfassung, welche diesen Teil des Völkerrechts nicht nur in innerstaatliches Recht verwandelt, sondern ihn darüber hinaus mit einem Vorrang vor einfachem Gesetzesrecht ausstattet, siehe Art. 25 GG und oben S.29 ff..

Was das Völkervertragsrecht angeht, so räumt ihm die Verfassung zwar keinen Vorrang ein und es ist selbstverständlich, daß der einfache Gesetzgeber den durch seinen Gesetzgebungsakt in innerdeutsches Recht verwandelten Vertragsnormen seinerseits auch keinen Vorrang vor einfachem Gesetzesrecht einräumen kann. Er ist jedoch nicht daran gehindert, dem Schutz der Völkervertragsnormen den gleichen politischen Stellenwert einzuräumen, welchen bereits die Verfassung dem allgemeinen Völkerrecht zumißt und an die Verletzung beider Quellen des Völkerrechts, zumindest für das Ausländerrecht, gleiche Rechtsfolgen zu knüpfen.

Nun richten sich die Normen des Völkerrechts in aller Regel an die Staaten bzw. deren Organe und nur in relativ geringem Umfang an Einzelpersonen. Auch eine Erzeugung von Rechten und Pflichten für eine Privatperson über Art. 25 S. 2 GG ist nur in wenigen Fällen denkbar (vgl. S.25ff.). Dennoch wäre es verfehlt, wollte man eine Unvereinbarkeit des Verhaltens des Ausländers mit dem Völkerrecht nur in

den Fällen annehmen, in denen er einer an ihn selbst adressierten Völkerrechtsnorm zuwiderhandelt. Als unerlaubt und gegen erhebliche Belange der Bundesrepublik Deutschland verstoßend müssen vielmehr auch alle diejenigen Betätigungen des Ausländers angesehen werden, welche eine Erschwerung bzw. Verhinderung der Erfüllung völkerrechtlicher Normen durch andere Normadressaten zur Folge haben.<sup>361)</sup> Eine verbotene politische Betätigung kann in einer gegen einen anderen Staat gerichteten Revolutions-, Kriegs- oder ehrverletzenden Propaganda liegen.<sup>362)</sup> Ebenso ist es völkerrechtswidrig, wenn Ausländer gewalttätige oder beleidigende Demonstrationen vor Auslandsvertretungen veranstalten oder Attentate auf solche Einrichtungen verüben. Auch die Vorbereitung von reinen Terrormaßnahmen gegen ausländische Ziele vom Boden der Bundesrepublik Deutschland aus muß hierzu gerechnet werden.<sup>363)</sup> In allen Fällen muß die AE nach § 2 Abs. 1 S. 2 AuslG zwingend versagt werden.

86) Verbot der Förderung ausländischer, mit den Verfassungsgrundsätzen der freiheitlichen demokratischen Grundordnung nicht in Einklang zu bringender Vereinigungen oder Bestrebungen

Erhebliche Belange der Bundesrepublik Deutschland sind auch dann beeinträchtigt, wenn ein Ausländer Vereinigungen, Einrichtungen oder Bestrebungen außerhalb des Geltungsbereichs des Ausländergesetzes fördert, welche mit den Verfassungsgrundsätzen der freiheitlichen demokratischen Grundordnung nicht vereinbar sind, wobei es auf die Strafbarkeit nicht ankommt (§ 6 Abs. 3 Nr. 3 AuslG.).

Die AE muß nach § 2 Abs. 1 S. 2 AuslG nicht nur dann zwingend versagt werden, wenn die Anwesenheit des Ausländers die durch die Ausweisungstatbestände des § 10 Abs. 1 AuslG oder durch die Tatbestände des § 6 Abs. 2 und 3 AuslG bezeichneten besonders wichtigen Staatsinteressen, also erhebliche Belange der Bundesrepublik Deutschland beeinträchtigt,

vielmehr tritt dieselbe Rechtsfolge auch bei Tangierung sonstiger Staatsziele ein, allerdings nur dann, wenn es sich wenigstens um wichtige Staatsinteressen handelt; denn lediglich diese können (aus den auf S.111ff.angegebenen Gründen) als Belange der Bundesrepublik Deutschland bezeichnet werden.

Ob nun ein bestimmtes Interesse nur ein Anliegen des Staates unter vielen darstellt oder ob es sich hierbei um ein wichtiges oder gar überragend wichtiges staatspolitisches Ziel handelt, kann in vielen Fällen nicht ein für alle Mal entschieden werden. Durch bestimmte Umstände, welche periodisch wiederkehrender, gewillkürter oder nicht berechenbarer Natur sein können, kann ein Interesse den Rang eines Belanges der Bundesrepublik Deutschland annehmen, aber später auch wieder verlieren. Beispielsweise stellt die Sorge um den Ablauf einer Bundestagswahl ein Problem dar, dessen Aktualität mit dem Näherrücken des Wahltermins zunimmt und nach dem Wahltag jede Bedeutung verliert. Andere Interessen, etwa die Sicherung des deutschen Arbeitsmarktes, können fast über Nacht zu besonders wichtigen Staatsinteressen werden. Wiederum andere Interessen, beispielsweise außenpolitische Notwendigkeiten, können den Rang von Belangen der Bundesrepublik Deutschland durch gezielte Entscheidungen der Bundesregierung oder durch gesetzgeberische Akte erhalten. Es soll damit verdeutlicht werden, daß in all den Fällen, die nicht Tatbestände nach § 10 Abs. 1 AuslG oder § 6 Abs. 2 und 3 AuslG erfüllen und bei denen nicht i. aller Regel feststeht, daß mindestens Belange beeinträchtigt sind, zu prüfen ist, ob zum Zeitpunkt der Entscheidung die Anwesenheit des Ausländers nur ein Staatsinteresse unter vielen berührt (welches erst im Rahmen der Ermessensentscheidung zu würdigen wäre) oder ob es sich um wichtige Staatsziele handelt.

Nur so gesehen erscheint es vertretbar, wenn beispielsweise K a n e i n wirtschaftspolitische Interessen einmal als erhebliche Belange einstuft, an anderer Stelle aber die gleichen Interessen als ein mögliches Abwägungskriterium

im Rahmen der Ermessensentscheidung bezeichnet (Komm. § 10 Anm. B. 11 einerseits und § 2 Anm. A. 2 b. andererseits; vgl. auch amtliche Begründung zu § 2 AuslG sowie Angerer a.a.O. unter IV, III.). Wenn also im folgenden Beispiele für weitere Belange der Bundesrepublik Deutschland aufgeführt werden, so unter dem Vorbehalt, daß sie ihre Eigenschaft als wichtige Staatsinteressen zu der Zeit einer konkret zu treffenden Entscheidung über eine AE noch nicht erlangt oder schon wieder verloren haben könnten.

### γ) Schutz vor Übervölkerung bzw. Überfremdung

Die Bundesrepublik Deutschland stellt nach ihrer geographischen Lage und ihrer dichten Besiedelung kein Einwanderungsland dar. Sie wird, insbesondere nach Aufnahme der vielen Flüchtlinge und Vertriebenen nach dem 2. Weltkrieg, wohl kaum jemals in der Lage sein, Ausländer in dem Ausmaße bei sich anzusiedeln, wie dies den Vereinigten Staaten von Nordamerika, Kanada oder Australien über längere Zeit möglich gewesen ist. Wollte man die dauernde Niederlassung von Ausländern im größeren Stil zulassen, so würde das zu einer ernststen Gefahr für die Bundesrepublik Deutschland in Zeiten einer wirtschaftlichen Krise und zu einer zu starken Belastung seiner Infrastruktur führen.

Es besteht deshalb ein erhebliches Interesse der Bundesrepublik Deutschland an der Verhinderung einer kontinuierlichen, nicht oder nur schwer rückgängig zu machenden Zunahme der Bevölkerung durch die dauernde Niederlassung Gebietsfremder. Mag der Aufenthalt von Ausländern im einzelnen kürzer oder länger ausfallen, grundsätzlich kann er immer nur vorübergehender Natur sein.<sup>364)</sup>

Gibt ein Ausländer seine Absicht zu erkennen, daß er sich für ständig in der Bundesrepublik Deutschland niederlassen will und läßt er sich von seinem Vorhaben nicht abbringen, so muß ihm in der Regel gemäß § 2 Abs. 1 S. 2 AuslG die



Aufenthaltserlaubnis wegen Beeinträchtigung des vorbezeichneten staatlichen Belanges versagt werden.<sup>365)</sup> Der vereinzelt vorgetragenen Ansicht, daß für die Bundesrepublik Deutschland jetzt noch keine Gefahr der Überfremdung bestehe und deshalb die AE zum gegenwärtigen Zeitpunkt nicht notwendig versagt werden müsse,<sup>366)</sup> kann nicht gefolgt werden. Einmal ist die Zahl der anwesenden Ausländer mittlerweile sehr stark angestiegen, zum anderen umfaßt der Begriff der Beeinträchtigung von Belangen der Bundesrepublik Deutschland, wie auf S.118 dargestellt wurde, nicht nur eine aktuell stattfindende Verletzung, sondern schon die konkrete Gefahr einer künftigen Tangierung eines wichtigen staatlichen Interesses. Der Staat muß also den Eintritt einer Übervölkerung bzw. Überfremdung nicht abwarten, sondern kann bereits jede einzelne beabsichtigte dauernde Niederlassung als einen weiteren Schritt hin zum unerwünschten Ergebnis ansehen und wegen Gefährdung seiner bevölkerungspolitischen Zielsetzung entsprechend negativ reagieren.

Von diesem Grundsatz sind jedoch Ausnahmen möglich. Beispielsweise kann in Bezug auf einen bestimmten Ausländer und auf diesen ist ja bei der Entscheidung in jedem Falle abzustellen, im Gegenteil gerade ein starkes staatliches Interesse an seinem dauernden Aufenthalt im Bundesgebiet bestehen; man denke z.B. an einen bedeutenden Wissenschaftler, der an eine deutsche Universität berufen wird oder an in der Bundesrepublik Deutschland selbst nicht verfügbare Fachkräfte zur Bewältigung wichtiger Spezialaufgaben des Staates oder der Wirtschaft.<sup>367)</sup> Die dauernde Anwesenheit solcher Ausländer beeinträchtigt nicht Belange der Bundesrepublik Deutschland, sondern fördert sie sogar.

#### δ) Pflege der auswärtigen Beziehungen der Bundesrepublik Deutschland

Die Sorge um den Fortbestand, die Weiterentwicklung und gegebenenfalls auch um die Wiederherstellung guter Beziehungen zu ausländischen Staaten wird von Rechtsprechung und Literatur

fast einhellig als ein (erheblicher) Belang der Bundesrepublik Deutschland anerkannt.<sup>368)</sup>

Dieser Auffassung kann jedoch nicht im vollem Umfang zugestimmt werden. Wollte man sie sich ohne jede Differenzierung zu eigen machen, so müßte man zu dem Ergebnis kommen, daß einem Ausländer bei Beeinträchtigung irgendeines außenpolitischen Interesses der Bundesrepublik Deutschland die AE nach § 2 Abs. 1 S. 2 AuslG in jedem Falle versagt werden müßte. Da sich aber im außenpolitischen Bereich Interessen ganz verschiedenen Bedeutungsgrades ausmachen lassen, erscheint es aus Gründen der Flexibilität hinsichtlich der Erteilung von AEen (siehe S.111ff.)<sup>369)</sup> sachgerechter, dem Begriff "Belange der Bundesrepublik Deutschland" nur bedeutsame außenpolitische Zielsetzungen zuzuordnen. Handelt es sich um nicht so gewichtige Aspekte außenpolitischer Natur, so kann die Entscheidung über die Erteilung der AE dem pflichtgemäßen Ermessen der Behörden überlassen bleiben. Beispielsweise besteht für die Bundesrepublik Deutschland im Hinblick auf die Erhaltung ihres Ansehens in der Welt ein vitales Interesse an einer wenigstens in den Grundzügen wahrheitsgetreuen Schilderung der in ihr herrschenden politischen, wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Zustände. Erstattet ein ausländischer Journalist grob entstellende Berichte über die Bundesrepublik Deutschland, so darf ihm die AE nicht erteilt bzw. verlängert werden.<sup>370)</sup>

Auf der anderen Seite kann z.B. das vorwiegend außenpolitische Interesse der Bundesrepublik Deutschland am Wirksamwerden der von ihr geleisteten Entwicklungshilfe für dritte Länder im Regelfall als nicht derart essentiell angesehen werden, als daß einem Ausländer, welcher im Rahmen dieser Hilfe gefördert worden ist und der seine Ausbildung beendet oder abgebrochen hat, die AE bzw. deren Verlängerung zwingend versagt werden müßte.<sup>371)</sup> Ein solches entwicklungspolitisches Interesse kann immer noch im Rahmen pflichtgemäßer Ermessensausübung zur Geltung gebracht werden.<sup>372)</sup>

Weiter muß im Auge behalten werden, daß sich eine Notwendigkeit der Versagung einer AE nur dann ergibt, wenn ein in Frage stehendes wichtiges außenpolitisches Interesse gerade durch die Anwesenheit des Ausländers beeinträchtigt wird. Werden also beispielsweise außenpolitische Belange der Bundesrepublik Deutschland durch völkerrechtswidrige oder unbillige Verhaltensweisen eines ausländischen Staates gestört, so ist eine gleichzeitige mittelbare Beeinträchtigung eben dieser Belange durch die Anwesenheit eines Angehörigen dieses Staates nur dann denkbar, wenn gerade die Entfernung dieses Ausländers aus der Bundesrepublik Deutschland das einzige erfolversprechende Mittel darstellt, das unzuträgliche Verhalten dieses Staates gegenüber der Bundesrepublik Deutschland abzustellen. In allen übrigen Fällen liegt die Erteilung bzw. Verlängerung der AE im pflichtgemäßen Ermessen der Behörden. (Zum völkerrechtlichen Repressions- bzw. Retorsionsrecht und seinem Verhältnis zu innerstaatlichem Recht siehe S.229ff.). Die Bundesregierung kann im übrigen gemäß § 25 Abs. 1 Nr. 2 AuslG in Bezug auf Vergeltungsmaßnahmen Einzelweisungen erteilen, denen allerdings eine rein verwaltungsinterne Natur und keine Verwaltungsaktsqualität eigen ist.<sup>373)</sup>

#### E) Schutz der Volkswirtschaft und des Arbeitsmarktes

Bestimmte Situationen der deutschen Wirtschaft oder des deutschen Arbeitsmarktes können eine Überprüfung der Notwendigkeit der Anwesenheit ausländischer Gewerbetreibender oder Arbeitnehmer und gegebenenfalls Versagung der Erteilung oder der Verlänger. von AEn zwingend erforderlich machen.<sup>374)</sup>

Will ein Ausländer, welcher nicht Angehöriger eines EWG-Staates ist, in der Bundesrepublik Deutschland als Arbeitnehmer tätig sein, so bedarf er nicht nur, wie jeder Ausländer ohne Sonderstatus, einer AE, sondern nach § 19 des Arbeitsförderungsgesetzes - AFG - v. 25.6.69 (BGBl. I S.582) auch einer Arbeitserlaubnis (ArbE) des Arbeitsamtes.

Die Arbeitserlaubnis darf aber nur erteilt werden, wenn der

ausländische Arbeitnehmer zuvor die AE erhalten hat (§ 5 Abs. 1 Nr. 1 der Arbeitserlaubnisverordnung - AEVO - v. 2.3.1971 (BGBl. I S. 152)). Da es aber wenig Sinn hätte, dem Ausländer die AE zum Zwecke der Arbeitsaufnahme zu erteilen, wenn ihm das Arbeitsamt anschließend aus Gründen der Lage und der Entwicklung des Arbeitsmarktes die ArbE doch versagen wird, schreibt Nr. 17 lit. c und Nr. 31 lit. h der AuslGVwv zu § 21 AuslG vor, daß die Ausländerbehörden vor Erteilung der AE mit dem Arbeitsamt in Verbindung zu treten haben: die Arbeitsbehörde hat der Ausländerbehörde intern mitzuteilen, ob sie nach Prüfung der Arbeitsmarktlage und der Verhältnisse des Einzelfalles die Arbeitserlaubnis erteilen wird. Die Ausländerbehörde wird sich zwar in aller Regel das Votum des Arbeitsamtes, soweit es die Beurteilung der Arbeitsmarktlage betrifft, zu eigen machen,<sup>375)</sup> unterliegt jedoch weder positiv noch negativ für die Erteilung der AE einem Zustimmungserfordernis dieses Amtes. Aus der Tatsache, daß das Arbeitsamt für die Erteilung der ArbE die Lage und Entwicklung des Arbeitsmarktes zu beurteilen hat (§ 19 AFG), kann nicht geschlossen werden, daß es der Ausländerbehörde diesbezüglich versagt wäre, eigene Überlegungen anzustellen.<sup>376)</sup>

Praktische Bedeutung hat aber diese eigene Prüfungsbefugnis nur, wenn die Ausländerbehörde die positive Beurteilung durch das Arbeitsamt nicht teilt: wenn sie die AE wegen - ihrer Meinung nach - starker Übersetzung des Arbeitsmarktes versagt, kann das Arbeitsamt nach § 5 Abs. 1 S. 1 AEVO auch keine ArbE erteilen. Würde die Ausländerbehörde aber umgekehrt die AE zum Zwecke der Arbeitsaufnahme erteilen, obwohl das Arbeitsamt keine ArbE zugesagt hat, so wird der Ausländer an einer solchen AE kaum interessiert sein, wenn das Arbeitsamt seine Ankündigung wahr macht und die ArbE versagt, woran sie § 5 Abs. 1 S. 1 AEVO nicht hindert. Wenn sich also die Ausländerbehörde, wie fast immer, der rechtlichen Beurteilung des Arbeitsamtes hinsichtlich einer eventuellen Beeinträchtigung der Arbeitsmarktlage in der Bundesrepublik Deutschland durch ausländische Arbeitnehmer anschließen wird, so muß sie sich aber in jedem Falle eigene Gedanken über eine mögliche Beeinträch-



tigung wirtschaftspolitischer Belange des Staates machen.

Nur die Beeinträchtigung b e d e u t e n d e r volkswirtschaftlicher oder arbeitsmarktpolitischer Interessen bedingt die zwingende Versagung der AE bzw. ihrer Verlängerung nach § 2 Abs. 1 S. 2 AuslG. Andernfalls bleibt nur eine Versagung im Ermessenswege.

5) Notwendige Versagung der Aufenthaltserlaubnis nach Ausweisung oder Abschiebung

Ist in der Vergangenheit gegen einen Ausländer eine Ausweisungsverfügung ergangen oder ein Abschiebungsverfahren durchgeführt worden,<sup>377)</sup> so darf ihm auf erneute Antragstellung hin keine AE erteilt werden (§ 15 Abs. 1 S. 1 AuslG). Ausweisung und Abschiebung entfalten kraft Gesetzes regelmäßig eine fortdauernde Ausschußwirkung.<sup>378)</sup> Die alternative Aufführung der Abschiebung beruht auf der Regelung der §§ 12 und 13 AuslG, wonach eine Abschiebung auch dann vorgenommen werden kann, wenn eine gesetzliche Pflicht zum Verlassen der Bundesrepublik Deutschland aus anderen Gründen als demjenigen einer Ausweisung bestehen kann.

Auch diese gesetzliche Ausschußwirkung läßt sich als Schutzmaßnahme des Staates zur Wahrung staatlicher Belange im Sinne des § 2 Abs. 1 S. 2 AuslG verstehen, so daß sich ihre Behandlung an dieser Stelle rechtfertigen läßt: Es besteht für die Bundesrepublik Deutschland in der Regel ein erhebliches Interesse an der fortdauernden Fernhaltung eines ausgewiesenen oder abgeschobenen Ausländers von ihrem Staatsgebiet.<sup>379)</sup> Dieses Interesse braucht auch dann nicht zu erlöschen, wenn der eigentliche Grund für eine Ausweisung später weggefallen sein sollte bzw. die Veranlassung für eine Abschiebung sich durch ihren Vollzug erledigt hat. Was die Ausweisung betrifft, so beruht die Ermessensentscheidung, von ihr tatsächlich Gebrauch zu machen, letztlich oft auch auf der Tatsache, daß dem Ausländer die



Verwirklichung des Ausweisungstatbestandes persönlich zum Vorwurf gemacht werden kann und sich insbesondere hieraus die Besorgnis rechtfertigt, er werde bei künftigem Aufenthalt wiederum vor einer Verletzung oder Gefährdung von Interessen der Bundesrepublik Deutschland nicht zurückschrecken. Was die Abschiebung betrifft, so kann in der Regel die Gefahr nicht von der Hand gewiesen werden, daß ein Ausländer bei einem angenommenen erneuten Aufenthalt und neuerlicher Rechtspflicht, das Land zu verlassen, wiederum Schwierigkeiten bereitet. Da aber der Ausschluß der Erteilung einer AE für alle Zukunft dann als zu starr und in ihren Folgen als unverhältnismäßig bezeichnet werden müßte, wenn sich im konkreten Fall nach eventuell vorhersehbarem Wegfall der Gründe, welche zur Ausweisung bzw. Abschiebung geführt haben, die Gefahr einer neuerlichen Wiederholung als nicht gegeben oder wenigstens außerordentlich gering bezeichnen läßt, eröffnet der Gesetzgeber durch § 15 Abs. 1 S. 3 AuslG die Möglichkeit einer bereits anfänglichen<sup>380)</sup> oder auch nachträglichen Befristung dieser Ausschlußwirkung. Eine solche Frist kann auch nachträglich verlängert oder verkürzt werden. Derartige Verfügungen stehen im pflichtgemäßen Ermessen derjenigen Behörde, welche die Ausweisungsverfügung erlassen bzw. die Abschiebung veranlaßt hat (§ 15 Abs. 1 S. 3 AuslG). Es muß hierbei eine Abwägung vorgenommen werden zwischen staatlichen Interessen an der Fernhaltung und dem Wunsche des Ausländers an einer Wiedereinreise.<sup>381)</sup> Zu beachten ist, daß aus oben angegebenen Gründen die Unterlassung einer Befristung auch dann nicht als ermessensfehlerhaft bezeichnet werden kann, wenn die unmittelbaren Gründe, welche zur Ausweisung oder zur Abschiebung geführt haben, nicht mehr gegeben sein sollten (und also jetzt eine Ausweisung oder Abschiebung nicht mehr möglich wäre), wenn nur die Möglichkeit einer Wiederholung nicht ausgeschlossen werden kann.<sup>382)</sup> Insofern geht die Regelung des § 15 Abs. 1 AuslG also über § 2 Abs. 1 S. 2 AuslG hinaus, als für eine Unterlassung der Befristung der Ausschlußwirkung eine konkrete Gefahr

für Belange der Bundesrepublik Deutschland nicht mehr gefordert wird, wenn diese Gefahr schon einmal bestanden und zur Ausweisung Anlaß gegeben hat. Ist aber eine Frist verfügt worden und ist diese abgelaufen, so entfällt die Ausschlußwirkung in vollem Umfang. Das bedeutet aber nun nicht, daß einem solchen Ausländer nunmehr ein Rechtsanspruch auf Erteilung einer AE zusteht: ob ihm eine AE gegeben werden kann, richtet sich nunmehr allein nach der Vorschrift des § 2 Abs. 1 S. 2 AuslG, da ein Ausländer, welcher bereits einmal ausgewiesen oder abgeschoben worden ist, keine bessere Behandlung verdient, als ein Ausländer, der sich erstmals um eine AE bemüht.<sup>383)</sup>

Zuständig für die Befristung der Ausschlußwirkung bzw. deren Verlängerung oder Verkürzung ist nach § 18 Abs. 1 S. 3 AuslG die Behörde, welche die Ausweisung angeordnet oder die Abschiebung vollzogen hat.

Von dem absoluten Verbot der Erteilung einer AE nach § 15 Abs. 1 S. 1 AuslG enthält Abs. 2 eine Ausnahme: einem Ausländer, der eigentlich der Ausschlußwirkung unterliegt, kann ausnahmsweise das kurzfristige Betreten des Geltungsbereiches des Gesetzes erlaubt werden, wenn zwingende Gründe seine Anwesenheit erfordern oder die Versagung einer solchen Erlaubnis eine unbillige Härte darstellen würde. Es handelt sich hier aber nicht um eine AE im üblichen Sinne, sondern um eine Sondererlaubnis,<sup>384)</sup> welche den Reiseweg und Aufenthaltsort vorzuschreiben hat. Sie kann von der Ausländerbehörde nach pflichtgemäßem Ermessen erteilt werden, in deren Bereich der vom Ausländer in Aussicht genommene Aufenthaltsort liegt (§ 20 Abs. 1 S. 2 AuslG). Die Zustimmung der Behörde, welche die Ausweisung ausgesprochen oder die Abschiebung durchgeführt hat, ist nicht erforderlich; es ist jedoch zweckmäßig, mit ihr in Verbindung zu treten (vgl. Nr. 7 der AuslGVwv zu § 15 AuslG).

Hinzuzufügen ist noch, daß die Regelung des § 15 Abs. 1 S. 1 AuslG, wonach die AE versagt werden muß, wenn eine

Ausweisung verfügt worden ist, keinen Umkehrschluß des Inhalts zuläßt, daß etwa keine Notwendigkeit zur Versagung einer AE besteht, wenn ein Ausländer zwar zur Zeit der Entscheidung über seinen Antrag Ausweisungstatbestände erfülle, er aber nach Ausübung pflichtgemäßen Ermessens nicht ausgewiesen werden könnte. § 15 Abs. 1 S. 1 AuslG befaßt sich nämlich allein mit der Frage, welche Auswirkungen eine in der Vergangenheit tatsächlich ausgesprochene Ausweisung auf einen neuen Antrag auf AE ausübt und ordnet die grundsätzlich dauernde Sperre der Erteilung einer AE an. Stellt dagegen ein Ausländer einen Antrag auf AE und ist er zuvor weder ausgewiesen noch abgeschoben worden, erfüllt er aber jetzt Ausweisungstatbestände, ohne daß eine Ausweisung zulässig wäre, so muß sein Antrag zwar zwingend abgelehnt werden. Diese Ablehnung entfaltet aber keine Sperrweisung; die AE kann sofort erteilt werden, wenn keine Ausweisungstatbestände mehr erfüllt sind. Ein Umkehrschluß oben bezeichneten Inhalts läßt sich aber auch nicht der Vorschrift des § 18 Abs. 1 AuslG entnehmen, wonach ein Ausländer, der ausgewiesen worden und bei dem eine eventuelle Ausschußfrist nach § 15 Abs. 1 S. 2 AuslG noch nicht abgelaufen ist, an der Grenze zurückgewiesen werden muß, während bei bloßem Vorliegen der Voraussetzungen für eine Ausweisung zwar die Möglichkeit, nicht aber eine Rechtspflicht zur Zurückweisung besteht. Dieser Ermessensspielraum ist nicht etwa deshalb eingeräumt worden, weil in solchem Fall eine AE eventuell doch erteilt werden könnte, sondern lediglich deshalb, weil der Gesetzgeber die mit der Paßnachschau beauftragten Vollzugsorgane bei schwierigeren Entscheidungen über das Vorliegen von Ausweisungsgründen nicht überfordern wollte.<sup>385)</sup>

η) Notwendige Versagung der Aufenthaltserlaubnis bei fehlendem oder ungültigem Paß

Ein Ausländer, welcher in den Geltungsbereich des AuslG einreisen und sich darin aufhalten will, muß sich durch

einen gültigen Paß ausweisen können, (§ 3 Abs. 1 S. 1 AuslG), es sei denn, daß er unter den Personenkreis fällt, der von der Paßpflicht gemäß § 3 Abs. 2, Nr. 1 AuslG i.V.m. § 3 DV ausgenommen ist oder daß er durch einen Verwaltungsakt des Bundesministers des Inneren gemäß § 3 Abs. 1 S. 2 AuslG vom Paßzwang ausgenommen wurde.

Das Ausländer betreffende Paßwesen ist nun ausschließlich in den §§ 3 und 4 AuslG sowie §§ 3 und 4 DV geregelt; das Paßgesetz vom 4.3.52 (BGBl. I S. 290) sowie die hierzu ergangene Paßverordnung, in der nunmehrigen Fassung vom 12.6.67 (BGBl. I S. 598) sind auf Ausländer nicht mehr anwendbar (§ 55 Abs. 2 S. 2 und Abs. 4 AuslG. i.V.m. § 8 Abs. 2 DV).

Der "Paß" (der Ausdruck leitet sich vom lateinischen Wort *passus* = Durchgang ab) stellt eine international eingeführte und anerkannte öffentliche Urkunde dar,<sup>386)</sup> welche gewöhnlich mehrere Funktionen erfüllt:

Einmal erteilt der Paß seinem Inhaber die verwaltungsrechtliche Erlaubnis zur Ausreise, Einreise und Durchreise über die Staatsgrenzen des Heimatstaates (vgl. § 1 Paßgesetz bezüglich der Paßpflicht für deutsche Staatsangehörige).<sup>387)</sup> In manchen Staaten, insbesondere des Ostblocks, muß zum Paß noch eine spezielle Ausreiseerlaubnis hinzukommen, damit ihre Staatsbürger frei ausreisen können.

Zum zweiten bewirkt die Ausstellung eines Passes die Übernahme einer Verantwortung durch den Staat für die in ihm bezeichnete Person gegenüber anderen Staaten; der Inhaber ist zur Anrufung des Schutzes der diplomatischen und konsularischen Vertretungen seines Heimatstaates berechtigt.<sup>388)</sup> Überwiegend wird angenommen, daß die Ausstellung eines Nationalpasses, also die Ausstellung eines Passes für einen eigenen Staatsangehörigen, den ausstellenden Staat zur Rückübernahme des Paßinhabers verpflichtet und zwar selbst dann, wenn dieser in Wahrheit die Staatsangehörigkeit des ausstellenden Staates nicht besitzen sollte.<sup>389)</sup>

Hinzu kommt die Eigenschaft des Passes als eines Personalausweises (Identitätsausweis).<sup>390)</sup>

Der Paß ist aber auch, für das Ausländerecht besonders wichtig, ein Legitimationspapier: er weist den in ihm bezeichneten Ausländer als Angehörigen des den Paß ausstellenden Staates aus. Es ist jedoch zu beachten, daß die Paßerteilung keine konstitutive Wirkung besitzt, sondern lediglich eine widerlegbare Vermutung für die Staatsangehörigkeit des in ihm benannten Ausländers erzeugt.<sup>391)</sup>

Ein Ausländer kann seine gemäß § 3 AuslG bestehende Paßpflicht einmal durch Vorlage eines Nationalpasses erfüllen, also eines Passes, der seinen in ihm bezeichneten Inhaber als Angehörigen des ausstellenden Staates ausweist. Es wird sich meist um einen normalen Reisepaß handeln. Es fallen hierunter aber auch amtliche Pässe, wie z.B. Diplomatenpässe und Dienstpässe, letztere unterteilt in Ministerial- und einfache Dienstpässe. Ein besonderer Rückkehrberechtungsvermerk muß in einem ausländischen Nationalpaß nicht enthalten sein, da, wie schon erwähnt, eine völkerrechtliche Pflicht angenommen wird, eigene Staatsangehörige zurückzuübernehmen.<sup>392)</sup>

Aber auch ein ausländischer Fremdenpaß findet Anerkennung, wenn er die allgemeinen Gültigkeitserfordernisse erfüllt. Es handelt sich hierbei um einen Paß, den ein ausländischer Staat einer Person ausstellt, welche nicht seine Staatsangehörigkeit besitzt. Ein solcher Paß muß allerdings den Vermerk enthalten, daß sein Inhaber zur Rückkehr in den Staat berechtigt, welcher den Fremdenpaß ausgestellt hat.<sup>393)</sup>

Sowohl der Nationalpaß als auch der Fremdenpaß muß allerdings von einem Völkerrechtssubjektausgestellt sein. Diplomatische Beziehungen der Bundesrepublik Deutschland zu einem solchen Staat sind zur Gültigkeit eines Passes nicht erforderlich.<sup>394)</sup>



Der Bundesminister des Inneren hat im übrigen von der Ermächtigung des § 3 Abs. 2 Nr. 2 AuslG Gebrauch gemacht und durch § 4 DV auch andere amtliche Ausweise, wie z.B. amtliche Personalausweise, als Paßersatz zugelassen.

Kann sich ein Ausländer nicht durch einen gültigen Paß (National- oder ausländischen Fremdenpaß) oder durch einen zugelassenen gültigen Paßersatz ausweisen, so kann ihm ein deutscher Fremdenpaß ausgestellt werden (§ 4 Abs. 1 AuslG.). Nur auf diesem Wege läßt es sich in solchem Falle noch erreichen, daß er seine nach § 3 Abs. 1 S. 1 AuslG bestehende Paßpflicht zu erfüllen vermag.<sup>395)</sup> Die Erteilung eines Fremdenpasses kann nicht die AE ersetzen, wenngleich sie auch oft deren Vorstufe darstellen wird.

Auf die Erteilung eines deutschen Fremdenpasses besitzt ein Ausländer ohne Sonderstatus keinen Rechtsanspruch. Ein solcher Fremdenpaß darf nach § 4 Abs. 1 AuslG nicht erteilt werden, solange der Ausländer sich noch im Besitz eines gültigen ausländischen Passes oder Paßersatzes befindet.<sup>396)</sup> Aber auch dann, wenn er keinen solchen Paß oder Paßersatz besitzt, steht die Ausstellung eines Fremdenpasses lediglich im pflichtgemäßen Ermessen der zuständigen Behörde. Bei der Entscheidung der Frage, ob ein Fremdenpaß erteilt werden soll, ist dabei mit äußerster Behutsamkeit vorzugehen, da die Ausstellung eines Fremdenpasses an einen Ausländer, der eine fremde Staatsangehörigkeit besitzt, nach allgemeinem Völkerrecht i.d.R. einen Eingriff in die Paßhoheit dieses Staates bedeutet: die Paßausstellung an einen Staatsangehörigen gehört zur Personalhoheit des Heimatstaates, welcher durch Nichterteilung oder Nichtverlängerung eines Nationalpasses den Ausländer zur Rückkehr in sein Staatsgebiet veranlassen will.<sup>397)</sup> Die Erteilung eines Fremdenpasses kann also zu unliebsamen internationalen Auseinandersetzungen führen (vgl. das von Kanein, Komm. § 4 Anm. A.1. angeführte Beispiel der Ausstellung von Fremdenpässen durch die Bundesrepublik Deutschland an Algerier französischer Staatsangehörigkeit. Dieses Vorgehen hat zu nachhaltigen Protesten

der französischen Regierung geführt). Aber auch im Falle eines Staatenlosen ist Vorsicht geboten, da durch Erteilung eines deutschen Fremdenpasses die eventuell bestehende Rückübernahmeverpflichtung eines anderen Staates erlöschen kann.<sup>398)</sup>

Für die zuständige Behörde ist ein weiterer Ermessensspielraum eröffnet. Die teilweise von der Rechtsprechung<sup>399)</sup> und vom Schrifttum<sup>400)</sup> vertretene Ansicht, daß die Erteilung des Fremdenpasses durch ein deutsches staatliches Interesse geboten oder mindestens gerechtfertigt sein müsse und daß die Nichtbeeinträchtigung diplomatischer Beziehungen gegenüber privaten Interessen selbst bei persönlichen Härten immer den Vorrang verdiene, ist jedoch als zu eng abzulehnen, da sie dem Wesen einer Ermessensentscheidung als eines Prozesses der Abwägung zwischen verschiedenen Gesichtspunkten zuwiderläuft. Hierfür spricht auch der Verlauf des Gesetzgebungsverfahrens: Während die ursprüngliche Fassung des Regierungsentwurfes (BT Drucks. IV/3013, Abschnitt II zu § 3 S. 3) dahin lautete, daß "Ausländern, die sich nicht durch einen Paß oder Paßersatz ausweisen können, ein Fremdenpaß ausgestellt werden könne, wenn dies im deutschen Interesse liege", so wurde diese letztere Voraussetzung auf Empfehlung des Ausschusses für Inneres (vergl. Ausschlußbericht abgedruckt bei Schiedermaier Komm. § 4 Anm. 3) hin wegen der Vielgestaltigkeit der Lebenssachverhalte ersatzlos gestrichen. Die zuvor geschilderte Auffassung läßt sich allenfalls dann halten, wenn man unter "staatlichen Interessen" nicht nur die staatlichen Interessen im engeren Sinne versteht, sondern hierunter auch Interessen der Allgemeinheit und insbesondere des betroffenen Ausländers einschließlich humanitärer Erwägungen zu rechnen bereit ist.<sup>401)</sup> Zwangloser ist es jedoch, eine Abwägung zwischen den staatlichen Interessen im engeren Sinn und den ebenso beachtlichen Interessen des betroffenen Ausländers vorzunehmen, welche bei Gegensätzlichkeit zwar in der Regel, aber nicht notwendigerweise zur Ablehnung der Erteilung eines Fremdenpasses führen wird.<sup>402)</sup>

Besitzt ein Ausländer keinen gültigen Paß oder Paßersatz und wird ihm auch kein deutscher Fremdenpaß ausgestellt, so muß ihm die AE zwingend versagt werden, da Belange der Bundesrepublik Deutschland beeinträchtigt sind (§ 2 Abs. 1 S. 2 AuslG).<sup>403)</sup> Diese Abhängigkeit der AE von der Erfüllung der Ausweispflicht nach § 3 Abs. 1 S. 1 AuslG ergibt sich zwar nicht unmittelbar aus § 2 oder § 3 AuslG, läßt sich jedoch aus folgenden Überlegungen ableiten:

Die Ausweispflicht besteht im Interesse der öffentlichen Sicherheit und Ordnung. Mit ihr stände es nicht im Einklang, könnten sich Ausländer, über deren Identität oder Staatsangehörigkeit Zweifel bestehen, in der Bundesrepublik Deutschland aufhalten.<sup>404)</sup> Das vitale und selbstverständliche Bedürfnis eines jeden Staates, davon Kenntnis zu haben, welche Personen sich in seinem Staatsgebiet aufhalten, kann als wichtiges Staatsinteresse bezeichnet und deshalb den Belangen der Bundesrepublik Deutschland zugerechnet werden.

Hinzu kommt ein aus § 9 Abs. 1 Nr. 1 AuslG ableitbares Argument: eine AE erlischt, wenn ein Ausländer keinen gültigen Paß oder Paßersatz mehr besitzt, wobei es gleichgültig ist, ob der Paß infolge Zeitablauf ungültig geworden ist oder ob dem Ausländer ein gültiger Paß verloren gegangen ist.<sup>405)</sup> Hieran schließt sich die gesetzliche Pflicht zur Ausreise an (§ 12 Abs. 1 S. 1 AuslG). Es kann aber wohl kaum angenommen werden, daß der Gesetzgeber das Fehlen eines gültigen Passes bei der Entscheidung über die Erteilung einer AE milder behandelt wissen will.<sup>406)</sup>

#### dd. Zusammentreffen von für und gegen die Anwesenheit sprechenden Belangen der Bundesrepublik Deutschland

Es ist denkbar, daß die Anwesenheit eines Ausländers zwar ein bestimmtes wichtiges staatliches Interesse beeinträchtigen würde, daß aber ein anderes staatliches Interesse die Anwesenheit des Ausländers wünschenswert erscheinen läßt.

Beispielsweise kann ein Ausländer wegen eines Verbrechens oder Vergehens vorbestraft sein (Ausweisungsgrund nach

§ 10 Abs. 1 Nr. 2 AuslG), aber sich aufgrund seiner beruflichen Spezialkenntnisse und Fähigkeiten in einem Wirtschaftsbereich, dem allgemeine volkswirtschaftliche Bedeutung zukommt, unentbehrlich gemacht haben. Es ist aber auch an die häufigen Fälle zu denken, in denen Ausländer, in deren Person an sich Ausweisungstatbestände gegeben sind oder deren Anwesenheit aus anderen Gründen gegen bestimmte staatliche Belange verstoßen würde, in der Bundesrepublik Deutschland Aufenthalt unter Hinweis auf eine bestehende Ehe mit einem im Bundesgebiet lebenden deutschen Staatsangehörigen oder deshalb begehren, weil sich hier bereits Familienangehörige mit AE befinden: Hier muß das durch Art. 6 GG mit Verfassungsrang versehene staatliche Interesse an der Aufrechterhaltung von Ehe und Familie in die Überlegungen mit einbezogen werden (siehe näher S.168ff. und ausführlich in Zusammenhang mit der Ausweisung S.251 ff.).

Läßt sich aber im konkreten Fall feststellen, daß auf der einen Seite die Anwesenheit eines Ausländers ein auf den Schutz eines bestimmten Rechtsgutes abzielendes wichtiges Staatsinteresse beeinträchtigen würde, daß aber andererseits ein anders geartetes wichtiges Staatsinteresse gerade durch dessen Nichtanwesenheit tangiert würde, so kann dieser Konflikt nur durch eine **I n t e r e s s e n a b w ä g u n g** gelöst werden.

Diese Abwägung mit dem möglichen Ergebnis eines Überwiegens des staatlichen Interesses an der Anwesenheit eines Ausländers ist nicht erst auf der Rechtsfolgeseite im Rahmen der Ermessensausübung, sondern bereits auf der Tatbestandsseite des § 2 Abs. 1 S. 2 AuslG vorzunehmen: der Ermessensspielraum öffnet sich nämlich nach dieser Vorschrift erst, wenn die Frage nach der Beeinträchtigung von Belangen der Bundesrepublik Deutschland zuvor verneint werden konnte. Diese Verneinung ist aber in den geschilderten Fällen, in denen zumindest **e i n** staatlicher Belang durch die Anwesenheit des Ausländers beeinträchtigt würde, nur zulässig, wenn die Tatbestandsseite des § 2 Abs. 1 S. 2 AuslG dahin interpretiert wird, daß es darauf

ankommen soll, ob nach einer Abwägung der für und gegen die Anwesenheit sprechenden wichtigen Interessen der Bundesrepublik Deutschland per saldo von einer Beeinträchtigung von Belangen gesprochen werden muß oder nicht.<sup>407)</sup>

Führt in solchem Falle die Abwägung zu dem Ergebnis, daß die Anwesenheit eines Ausländers - im Ganzen gesehen - nicht nur nicht Belange der Bundesrepublik Deutschland beeinträchtigt, sondern sogar im staatlichen Interesse liegt, so ist der Weg frei für die Erteilung einer AE.

Die Frage, ob dann noch ein Ermessensspielraum für die Behörde besteht oder ob sie vielmehr die AE erteilen muß und der Ausländer darauf einen Rechtsanspruch hat, wird im Rahmen der Behandlung des Ermessensspielraumes erörtert werden (siehe S.183).

#### ee. Ausnahmen vom Zwang zur Versagung der Aufenthaltserlaubnis.

Beeinträchtigt die Anwesenheit eines Ausländers Belange der Bundesrepublik Deutschland oder steht dies zu befürchten, so darf gemäß § 2 Abs. 1 S. 2 AuslG keine AE erteilt werden. Diese Aussage kann jedoch Ausnahmen erfahren: In Fällen, in denen die derzeitige Tatsache der Beeinträchtigung veränderbar erscheint, insbesondere also dann, wenn sie auf ein vermeidbares Verhalten des Ausländers zurückzuführen ist, kann einer möglichen günstigen Entwicklung der Verhältnisse dadurch Rechnung getragen werden, daß die AE doch erteilt, aber mit entsprechenden Bedingungen oder Auflagen gemäß § 7 Abs. 3 AuslG versehen wird:

Es handelt sich nämlich bei der AE um eine sogenannte "freie Erlaubnis",<sup>408)</sup> auf die selbst dann kein Rechtsanspruch besteht und die auch dann nach pflichtgemäßem Ermessen versagt werden kann, wenn die gesetzliche Mindestvoraussetzung für ihre Erteilung erfüllt ist, wenn also Belange der Bundesrepublik Deutschland nicht beeinträchtigt



sind.<sup>409)</sup> Bei solchen begünstigenden freien Erlaubnissen wird einhellig die Ansicht vertreten, daß mit der Erlaubnis auch dann Nebenbestimmungen verbunden werden dürfen, wenn solches nicht, wie hier in § 7 Abs. 3 AuslG, gesetzlich vorgesehen wäre.<sup>410)</sup> Nebenbestimmungen können aber bei freien Erlaubnisses nicht nur dazu verwendet werden, n a c h Erfüllung der gesetzlichen Voraussetzungen die Erlaubnis darüber hinaus zweckdienlich im Sinne der Intentionen des Gesetzgebers zu gestalten, sondern es ist auch zulässig, mit ihrer Hilfe bereits die Erfüllung der gesetzlichen Voraussetzungen ihrer Erteilung sicherzustellen. Bei "gebundenen Erlaubnissen", also Erlaubnissen, auf deren Erlaß ein Rechtsanspruch besteht, wenn die gesetzlichen Voraussetzungen erfüllt sind, sind Nebenbedingungen sogar n u r zum Zwecke der Sicherstellung der gesetzlichen Voraussetzungen zulässig, falls keine besondere gesetzliche Ermächtigung für sie erteilt ist.<sup>411)</sup> In bezug auf Nebenbestimmungen hinsichtlich gesetzlicher Voraussetzungen unterscheiden sich freie und gebundene Erlaubnisse nur durch folgendes:

Bei gebundenen Erlaubnissen m u ß die zuständige Behörde die Nebenbestimmungen erlassen, wenn dadurch die Versagung der Erlaubnis vermieden werden kann.<sup>412)</sup> Bei freien Erlaubnissen wie der Aufenthaltserlaubnis nach § 2 Abs. 1 S. 2 AuslG, steht dagegen die Verfügung von Nebenbestimmungen im p f l i c h t g e m ä ß e n E r m e s s e n der zuständigen Behörde.<sup>413)</sup> Es besteht also selbst dann kein Anspruch auf die Erteilung der AE, wenn eine Beeinträchtigung von Belangen durch Auflagen ausgeschlossen werden könnte.

### c. Der Ermessensspielraum bei Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis

#### aa. Umfang des Ermessens

Werden durch die Anwesenheit eines Ausländers keine Belange der Bundesrepublik Deutschland beeinträchtigt, so bedeutet

dies keineswegs, daß diesem Ausländer in solchem Falle ein Rechtsanspruch auf Erteilung einer AE zusteht. Ob ihm die Erlaubnis zum Aufenthalt in der Bundesrepublik Deutschland gegeben wird, liegt vielmehr im Ermessen der zuständigen Behörde (§ 2 Abs. 1 S. 2 AuslG).<sup>414)</sup>

Infolge der Eigenart des Entscheidungsgegenstandes handelt es sich um einen sehr weiten Ermessensspielraum.<sup>415)</sup>

Einen ähnlich weiten Ermessensspielraum hat der Gesetzgeber der Exekutive auf dem rechtsähnlichen Gebiet des Einbürgerungsrechts in § 8 Abs. 1 Reichs- und Staatsangehörigkeitsgesetz - RuStG - v. 22.7.1913 (RGBl. S. 583), zuletzt geändert durch Bundesgesetz v. 8.9.1969 (BGBl. I S. 1581) bei der Entscheidung über den Einbürgerungsantrag eines Ausländers eingeräumt, vorausgesetzt, der Ausländer hat wenigstens vier gesetzliche Mindestvoraussetzungen erfüllt.<sup>416)</sup> Das Bundesverwaltungsgericht hat hierzu in seinem Urteil vom 27.2.57 (E4, 298 (300/301)) ausgeführt, daß der Einbürgerungsbescheid "im Hinblick auf den weiten Umfang des der Behörde eingeräumten Ermessens in die Nähe eines Gnadenaktes" rückt, aber daß er nicht schon aus diesem Grunde tatsächlich als ein Gnadenakt anzusehen sei und als solcher behandelt werden müßte.

Mit derselben Klarstellung wird man auch K a n e i n<sup>417)</sup> zustimmen können, wenn er die Entscheidung auch über eine AE in die Nähe eines Gnadenaktes gerückt sehen will.

Im Rahmen des sonach bestehenden weiten Ermessensspielraums können von der Exekutive alle diejenigen gegen die Aufenthaltnahme sprechenden Gesichtspunkte ins Spiel gebracht werden, welche sich nicht unter den unbestimmten Rechtsbegriff "Beeinträchtigung von Belangen der Bundesrepublik Deutschland" haben einreihen lassen. Es ist dabei beispielsweise an außenpolitische,<sup>418)</sup> wirtschaftspolitische,<sup>419)</sup> arbeitsmarktpolitische<sup>419)</sup> oder entwicklungspolitische<sup>420)</sup> Interessen zu denken, denen aber noch nicht oder nicht mehr der Rang von wichtigen Staatszielen und damit Belangen der

Bundesrepublik Deutschland zukommt. Im Rahmen des Ermessens können aber natürlich diejenigen durch die Anwesenheit des Ausländers berührten staatlichen Belange ihre Berücksichtigung finden, welche nur deshalb nicht schon zur zwingenden Versagung der AE haben führen müssen, weil eine Beeinträchtigung der Belange im Sinne von einer bereits konkret für sie bestehenden Gefahr noch nicht festgestellt werden konnte, wenn sich aber, was auch im Hinblick auf die zuvor angesprochenen sonstigen staatlichen Interessen gilt, wenigstens die glaubhaft gemachte Möglichkeit eines nicht reibungslosen Verlaufs des Aufenthalts des Ausländers ergibt.<sup>421)</sup>

In der Rechtsprechung und Literatur ist es umstritten, ob im Rahmen der Ermessensausübung eine Abwägung zwischen den genannten staatlichen Interessen an der Abwesenheit eines Ausländers und dem privaten Interesse des Ausländers an einem Aufenthalt im Bundesgebiet statthaft und erforderlich ist.

Auf der einen Seite wird der Standpunkt vertreten, daß die Ausländerbehörden die vielgestaltigen staatlichen Interessen gegenüber den Ausländern zur Geltung zu bringen haben, weil der Schutz des Staates vor nachteiligen Einflüssen der Anwesenheit unerwünschter Ausländer den deutlichen Vorrang gegenüber einer das völkerrechtlich anerkannte Maß übersteigenden fremdenrechtlichen Begünstigung habe (so OVG Berlin, U.v. 25.5.1966, DöV 67, 353). Entscheidend seien die Interessen des Staates; eine Abwägung zwischen den Belangen des Bewerbers und dem Staatsinteresse finde nicht statt, da das Staatsinteresse den Vorrang vor Belangen des einzelnen Ausländers genieße (so Kanein in "Aktuelle Fragen des neuen Fremdenrechts", DVBl 66, 617 (618) unter Berufung auf Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts (BVerwG E 4, 298; 6, 186; 7, 237) betreffend Einbürgerung gemäß § 8 RuStG sowie in Komm. § 2, C, 2b. und 3).

Zum Teil wird die abgeschwächte Auffassung vertreten, daß die persönlichen Verhältnisse des Ausländers r e g e l -

m ä ß i g in den Hintergrund zu treten hätten. Wohlverhalten genüge nicht, wenn objektive Gesichtspunkte einem Aufenthalt entgegen stünden (Marxen, Komm. § 2 Anm. 8). Auf der anderen Seite wird die Meinung vertreten, daß sich die Frage der Erteilung einer AE an einer sachgerechten Abwägung der Interessen der Bundesrepublik Deutschland einerseits und der des Antragstellers andererseits auszurichten habe (so Bay VGH, U. v. 4.6.1969, NJW 70, 1012(3) sowie VGH Bad.-Württ., U.v. 20.12.71, DÖV 72, 522). Ermessensabwägungen über die Persönlichkeit und den Aufenthaltswahlzweck ständen weiterhin an erster Stelle (so Weißmann, Komm., § 2 Anm. 7d). Gründe humanitärer Art seien zu berücksichtigen, wenn Belange der Bundesrepublik Deutschland der Erteilung einer AE nicht entgegenstünden (so Kloesel-Christ, Komm., § 2, Anm. 3).

Diese zweite Auffassung verdient den Vorzug. Entgegen Kanein a.a.O. vermögen die von ihm zitierten Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts seine Auffassung von der alleinigen Maßgeblichkeit des öffentlichen Interesses bei Erteilung der AE nicht zu stützen.

Zwar ist es richtig, daß in diesen Entscheidungen, welche sich nicht mit der AE, sondern mit der Bescheidung von Einbürgerungsanträgen von Ausländern gemäß § 8 RuStG befassen, die Auffassung vertreten wird, daß im Rahmen des bei Erfüllung der gesetzlichen Mindestvoraussetzungen (§ 8 Abs. 1 Nr. 1 bis 4 RuStG) einsetzenden weiten Ermessens eine Abwägung zwischen den Interessen des Ausländers und den Interessen der Bundesrepublik Deutschland als aufnehmender Staat nicht stattfindet, sondern allein das Interesse des Staates ausschlaggebend ist (BVerwG E 4, 298 (301); 6, 186 (7); 7, 237 (8)).<sup>422</sup> Dieser Rechtsansicht liegt die Überlegung zugrunde, daß die Einbürgerung einen Akt darstellt, welcher ein andauerndes Treue- und Rechtsverhältnis zwischen Eingebürgertem und Staat zur Folge hat, so daß es gerechtfertigt erscheint, allein die Interessen des sich bindenden Staates als maßgeblich zu betrachten.

Eine solche starke und dauerhafte Rechtsbeziehung kommt

jedoch bei Erteilung einer AE nicht zustande. Der zeitweilige Aufenthalt eines Ausländers berührt staatliche Interessen in wesentlich geringerem Umfang als eine Einbürgerung. Dem Ausländer kann die AE nachträglich zeitlich beschränkt werden (§ 7 Abs. 4 AuslG) und er kann vor allem auch ausgewiesen werden (§ 10 Abs. 1 AuslG), was das automatische Erlöschen der AE zur Folge hat (§ 9 Abs. 1 Nr. 4 AuslG). Deshalb ist es, vom Standpunkt der Staatssicherheit aus betrachtet, relativ risikolos, wenn man die Auffassung vertritt, daß im Rahmen des pflichtgemäßen Ermessens auch die privaten Interessen zu berücksichtigen sind.<sup>423)</sup> Diese Auffassung läßt sich auch gut mit der in der amtl. Begründung als Ziel zum Ausdruck gebrachten liberalen und weltoffenen Fremdenpolitik der Bundesrepublik Deutschland in Einklang bringen.<sup>424)</sup>

Hinzu kommt, daß im Rahmen der Ermessensausübung nach hier vertretener Auffassung sowieso nur solche staatlichen Interessen zum Tragen kommen, die entweder nicht als wichtig eingestuft werden können oder wenn - sollte es sich doch um Belange handeln - von einer konkreten Gefahr für sie noch nicht gesprochen werden kann. Denn andernfalls handelt es sich schon um eine Beeinträchtigung von Belangen der Bundesrepublik Deutschland, womit kraft Gesetzes eine Berücksichtigung von privaten Interessen ausscheidet und die AE zwingend versagt werden muß, § 2 Abs. 1 S. 2 AuslG. Damit die innerhalb der Ermessensausübung noch zu berücksichtigenden staatlichen Interessen von weniger hochaktueller Bedeutung einen genügenden Schutz erfahren, erscheint es nicht nötig, die Berücksichtigung privater Interessen von vorneherein auszuschließen, sondern es reicht aus, wenn im konkreten Fall eine Interessenabwägung vorgenommen wird, welche bei Überwiegen der staatlichen Interessen zu einer Ablehnung der AE nach § 2 Abs. 1 S. 2 AuslG führen wird.

Da sich der Grad der Bedeutung staatlicher Interessen auch unterhalb der Schwelle der wichtigen Interessen (Belange)



im Laufe der Zeit ändern kann, muß selbst bei unveränderten persönlichen Verhältnissen eines Ausländers das Ergebnis der Ermessensausübung nicht immer das gleiche sein.<sup>425)</sup>

#### bb. Schranken des Ermessens

Die Exekutive muß ihr Ermessen pflichtgemäß ausüben. Das Ermessen muß sich im Rahmen rechtsstaatlicher Grundsätze, der verfassungsrechtlichen Wertordnung und der sonst einengenden Vorschriften halten.<sup>426)</sup> Grenzen des Ermessens ergeben sich insbesondere aus den Grundrechten, soweit sie nicht nur für Deutsche, sondern für alle Menschen gelten.<sup>427)</sup> Die Exekutive darf weder die gesetzlichen Grenzen des Ermessens überschreiten, noch vom Ermessen in einer dem Zweck der Ermächtigung nicht entsprechenden Weise Gebrauch machen (§114 VwGO). Jede willkürliche Handhabung hat sie zu unterlassen. Sie darf ihren Entscheidungen keine unrichtigen Sachverhaltsannahmen zugrundelegen und muß sich von unsachlichen Erwägungen völlig frei halten.<sup>428)</sup>

#### α) Der Gleichheitssatz ( Art. 3 GG )

Die Exekutive muß bei der Ausübung des Ermessens den Gleichheitsgrundsatz ( Art.3 GG ) beachten. Die wesentlichen Aussagen des Gleichheitsgrundsatzes wurden bereits S.18 ff. dargestellt. Hierauf wird verwiesen. Danach ist eine unterschiedliche Behandlung auch im Verhältnis "Ausländer zu Ausländer" nicht ausgeschlossen. Eine Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes kann beispielsweise dann in Betracht kommen, wenn eine Behörde im konkreten Einzelfall von ihrer durchwegs verfolgten Linie der Ermessensausübung ohne sachlich einleuchtenden Grund abweicht.<sup>429)</sup> Die Exekutive ist aber z.B. befugt, Ausländer entsprechend der von ihnen geplanten verschiedenartigen beruflichen Betätigung verschieden zu behandeln. Auch unter ausländischen Anwärtern innerhalb der gleichen Berufssparte kann eine an sachlichen Gesichtspunkten orientierte Auswahl getroffen werden.<sup>430)</sup> Im übrigen ist es den einzelnen Bundesländern erlaubt, einen im wesentlichen gleichartigen Personenkreis in aufenthaltsrechtlicher Hinsicht unterschiedlich zu behandeln, da sie Bundesgesetze i.d.R. als eigene Angelegenheiten ausführen ( Art. 83, 84 GG ).<sup>431)</sup>

ß) Schutz von Ehe und Familie, Art. 6 Abs. 1 GG

Die Problematik des Einflusses des Art. 6 Abs. 1 GG auf ausländerrechtliche Entscheidungen wird ausführlich erst im Zusammenhang mit Behandlung der Ausweisung dargestellt werden, da hierzu von der Rechtsprechung die maßgeblichen Grundsätze entwickelt worden sind. Hierauf wird verwiesen (siehe S.251 ).

Im folgenden werden nur die Grundzüge mit Bezug auf die AE dargestellt.

Art. 6 Abs. 1 GG enthält nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts sowohl eine Institutsgarantie, wie ein Grundrecht auf Schutz vor störenden Eingriffen des Staates und darüber hinaus eine wertentscheidende Grundsatznorm für das gesamte Ehe und Familie betreffende private und öffentliche Recht.<sup>432)</sup>

Art. 6 Abs. 1 GG steht auch Ausländern zu. Er gewährt den Schutz der Ehe als einer Lebensgemeinschaft gleichberechtigter Partner.<sup>433)</sup> Er erkennt im Falle einer national gemischten Ehe grundsätzlich die freie Entscheidung der Ehegatten, in welchem Land sie leben wollen, an.<sup>434)</sup>

Art. 6 Abs. 1 GG umschließt für den Staat u.a. auch die Aufgabe, Ehe und Familie vor Beeinträchtigungen durch andere Kräfte zu bewahren und durch geeignete Maßnahmen zu fördern; zugleich enthält er das Verbot für den Staat selbst, die Ehe zu schädigen oder sonst zu beeinträchtigen.<sup>435)</sup> An dieser wertentscheidenden Grundsatznorm haben sich die Behörden insbesondere bei ihrer Ermessensausübung zu orientieren.<sup>436)</sup>

Das gilt auch für eine Entscheidung über eine AE.<sup>437)</sup> Zunächst bewirkt Art. 6 Abs. 1 GG, indem er den Schutz der Ehe und Familie zu einer bedeutsamen Aufgabe des Staates

erklärt, daß sämtliche gegen den Aufenthalt sprechenden Belange der Bundesrepublik Deutschland, welche nicht erheblich genannt werden können, bedeutungslos werden: angesichts der Wertentscheidung des GG sind "per saldo" durch den Aufenthalt keine Belange beeinträchtigt. Lediglich wenn erhebliche Belange gegen den Aufenthalt sprechen, muß eine Abwägung zwischen diesen und der Pflicht des Staates, Ehe und Familie zu schützen, vorgenommen werden. Überwiegen erstere, so darf nach § 2 Abs. 1 S. 2 AuslG keine AE erteilt werden. Ist jedoch das staatliche Interesse am Schutz von Ehe und Familie im konkreten Fall höher zu bewerten, so stehen in der "Summe" auch hier dem Aufenthalt staatliche Belange nicht entgegen und es öffnet sich der Ermessensspielraum des § 2 Abs. 1 S. 2 AuslG. Bei einem Staatsinteresse mit Verfassungsrang an der Anwesenheit des Ausländers reduziert sich aber das Ermessen auf Null, so daß der Ausländer unter diesen Voraussetzungen einen Rechtsanspruch auf Erteilung der AE hat.<sup>438)</sup>

Fraglich ist, ob der Ermessensspielraum durch Art. 6 Abs. 1 GG auch dann eingeschränkt ist, wenn z.B. eine ausländische Großmutter, die ihre in einer sich legal im Inland befindlichen ausländischen Arbeitnehmerfamilie aufwachsenden Enkelkinder betreuen soll, um eine Aufenthaltserlaubnis nachsucht. Zwar ist Träger der Grundrechte aus Art. 6 Abs. 1 GG lediglich die sog. Kleinfamilie, bestehend aus Eltern und Kindern,<sup>439)</sup> wobei es keinen Unterschied macht ob es sich um eine national gemischte Ehe oder um eine rein ausländische Ehe handelt, da die Verfassungsnorm als Menschenrecht ausgestaltet worden ist.<sup>440)</sup> Diese Beschränkung der Grundrechtsträgerschaft schließt jedoch nicht aus, daß Art. 6 Abs. 1 GG auch auf Ermessensentscheidungen Einfluß ausüben kann, welche sich auf die Grundrechtsträger nur mittelbar auswirken; denn es handelt sich hier auch um eine wertentscheidende Grundsatznorm<sup>442)</sup> welche deshalb von Amts wegen in alle Überlegungen miteinzubeziehen ist, die geeignet sind, unmittelbar oder mittel-

bar auf eine Ehe oder Familie einzuwirken.

Art. 6 Abs. 1 GG enthält für den Staat auch das Gebot, Ehe und Familie durch geeignete Maßnahmen zu f ö r d e r n und zwar auch in bezug auf ihren wirtschaftlichen Zusammenhalt.<sup>435)</sup> Zur Förderung der Familie kann es gehören, daß der Staat seine Hilfe nicht dazu versagt, pflegebedürftige Kleinkinder mangels einer anderen vertrauenswürdigen Person eine Versorgung durch die Großmutter zukommen zu lassen.<sup>441)</sup> Das bedeutet nun allerdings nicht, daß dadurch ein Rechtsanspruch auf AE verliehen ist. Im Gegensatz zu einem die AE begehrenden Ehegatten wird man aber sagen müssen, daß hier nicht nur eine Abwägung mit erheblichen Belangen, sondern bereits mit einfachen Belangen der Bundesrepublik Deutschland erforderlich ist. Eine solche verminderte Bedeutung der staatlichen Fürsorgepflicht läßt sich damit begründen, daß es sich bei Versagung des Antrags auf AE gegenüber der Großmutter nicht eigentlich um einen (mittelbaren) Eingriff in die Ehe und Familie des Arbeitnehmerehepaares, sondern nur um die Verweigerung einer zusätzlichen Unterstützung handelt, und deshalb keine Veranlassung besteht, auch (nur) einfache Belange der Bundesrepublik Deutschland von vorneherein hintanzustellen. Als solche, der AE möglicherweise entgegenstehende Belange kommen insbesondere einwanderungs-, wirtschafts- und sozialpolitische Zielsetzungen in Betracht. Die Interessenabwägung muß aber immer gerade auf die Person der Antragstellerin abgestellt sein. Wenn das Bundesverwaltungsgericht in seinem Urteil v. 3.5.1973 (DÖV 73, 859 (861)) die Anwendbarkeit des Art. 6 Abs. 1 GG dahingestellt sein läßt und den Ermessenspielraum durch die Sozialstaatsklausel (Art. 20 Abs. 1, Art. 28 Abs. 1 GG) eingeschränkt wissen will, so kann dem nur im Ergebnis zugestimmt werden. Handelt es sich um die Förderung von Ehe und Familie, so kann eine Fürsorgepflicht nur aus dem Spezialgrundrecht des Art. 6 Abs. 1 GG begründet werden, mögen sich auch die Grundsätze hinsichtlich Art und Umfang dieser Pflicht mit den sich zum Sozialstaatsprinzip entwickelten Regeln weitgehend decken.

γ) Einwirkung partikularen Völkerrechts

§ 55 Abs. 3 AuslG bestimmt, daß Vorschriften in völkerrechtlichen Verträgen, welche von Normen des Ausländergesetzes abweichen, unberührt bleiben. Das bedeutet, daß zumindest alle diejenigen vertraglichen Regelungen, welche Ausländern einen im Vergleich zum Ausländergesetz günstigeren Rechtsstatus einräumen, Vorrang genießen, wobei es gleichgültig ist, ob die Vertragsbestimmungen bei Erlass des Ausländergesetzes schon existierten oder erst später vereinbart wurden und werden.<sup>442)</sup> Es wäre somit denkbar, daß die Bundesrepublik Deutschland durch multi- oder bilaterale völkerrechtliche Verträge gehindert ist, bestimmte innerstaatliche Interessen, welche gegen den Aufenthalt eines Ausländers sprechen können, im Rahmen der Interessenabwägung zur Geltung zu bringen, so daß infolge ihrer Eliminierung die AE erteilt werden müßte.

In Betracht kommen Freundschafts-, Handels-, Schifffahrts- und vor allem Niederlassungsverträge. Folgende drei typische Vertragsbeispiele seien im Wortlaut wiedergegeben:

1. Das Europäische Niederlassungsabkommen -ENA- vom 13.12.1955 (verkündet mit Gesetz vom 30.9.1959 (BGBl. II S. 997)), dem außer der Bundesrepublik noch Belgien, Dänemark, Griechenland, Großbritannien u. Nordirland, Irland, Italien, Luxemburg, die Niederlande, Norwegen und Schweden beigetreten sind. Für Griechenland ist es wieder außer Kraft getreten (BGBl. 1972 II S. 875).

Art. 1 ENA lautet:

"Jeder Vertragsteil wird den Staatsangehörigen der anderen Vertragsstaaten die Einreise in sein Gebiet zu vorübergehendem Aufenthalt erleichtern und ihnen in seinem Gebiet Freizügigkeit gewähren, sofern nicht Gründe der öffentlichen Ordnung, der Sicherheit, der Volksgesundheit oder der Sittlichkeit entgegenstehen."



Art 2 lautet:

"Unter den in Art. 1 genannten Voraussetzungen wird jeder Vertragsstaat in dem Umfang, in dem seine wirtschaftlichen und sozialen Verhältnisse es gestatten, dem Staatsangehörigen der anderen Vertragsstaaten einen längeren oder dauernden Aufenthalt in seinem Gebiet erleichtern."

2. Der Niederlassungs- und Schifffahrtsvertrag zwischen der Bundesrepublik Deutschland und dem Königreich Griechenland vom 18.3.1960 (BGBl. II S. 1505):

Art. 1 lautet:

1. Jeder Vertragsstaat verpflichtet sich, den Staatsangehörigen des anderen Vertragsstaates die Einreise in sein Gebiet und den Aufenthalt zu erleichtern.
2. Den Staatsangehörigen eines Vertragsstaates werden nach Maßgabe der geltenden Bestimmungen die Einreise, der vorübergehende und der längere oder dauernde Aufenthalt in dem Gebiet des anderen Vertragsstaates gestattet, sofern nicht Gründe der öffentlichen Ordnung, der Sicherheit, der Volksgesundheit oder Sittlichkeit entgegenstehen."

3. Das Niederlassungsabkommen zwischen dem Deutschen Reich und dem Kaiserreich Persien v. 17.2.1929 (RGBl. II S. 1002), zwischen der Bundesrepublik Deutschland und dem Kaiserreich Iran in Kraft seit 15.8.1955 (BGBl. II S. 829) bestimmt in seinem Art. 1 Abs. 1 unter anderem, daß die Angehörigen der vertragsschließenden Staaten

"...unter der Bedingung, daß, und solange, als sie die auf diesem Gebiet geltenden Gesetze und Verordnungen beobachten, daß Gebiet des anderen vertragsschließenden Staates betreten und verlassen, dort reisen, sich aufhalten und niederlassen können".

Art. 1 Abs. 2 lautet:

" In allen diesen Angelegenheiten genießen sie eine Behandlung, die nicht weniger günstig ist als die den Angehörigen des meistbegünstigten Staates gewährte Behandlung."

Sachlich weitgehend identische, lediglich in der Formulierung voneinander abweichende Vertragsbeziehungen bestehen u.a. noch mit folgenden Staaten: den USA, der Schweiz, Frankreich, Italien, Spanien, Japan, Saudi-Arabien, der Dominikanischen Republik und den Philippinen.<sup>443)</sup>

Wenn auch in solchen Niederlassungsverträgen die Rede davon ist, daß die Staatsangehörigen der vertragsschließenden Staaten das Gebiet des anderen Staates "betreten, verlassen und sich (in ihm) aufhalten können" oder daß ihnen "die Einreise, der vorübergehende oder längere oder dauernde Aufenthalt gestattet wird" oder daß sie "das Gebiet des anderen Vertragsteiles betreten, darin frei reisen und an Orten ihrer Wahl wohnen" dürfen, so sollen alle diese Möglichkeiten doch nur "nach Maßgabe der gesetzlichen Vorschriften" oder "nach Maßgabe der geltenden Bestimmungen" oder "wenn die Gesetze oder Verordnungen beobachtet" werden oder bei Beachtung der "einschlägigen Gesetzesvorschriften" bestehen. Dies bedeutet aber nach h.M. nichts anderes, als eine rechtlich zulässige Rückverweisung<sup>444)</sup> auf das jeweilige innerstaatliche Recht, im Falle der Bundesrepublik Deutschland also auf die Normen des Ausländergesetzes. Infolgedessen besteht also auch für die Staatsangehörigen von Staaten, mit denen die Bundesrepublik Deutschland derartige Verträge abgeschlossen hat, kein Rechtsanspruch auf eine AE (§ 2 Abs. 1 S. 2 AuslG).<sup>445)</sup>

αα) Meistbegünstigungsklausel

Ein subjektives öffentliches Recht auf Erteilung einer AE kann selbst dann nicht angenommen werden, wenn, wie beispielsweise im oben zitierten Art. 1 Abs. 2 des deutsch-iranischen Niederlassungsabkommens (NAK), eine auf das Aufenthaltsrecht bezogene M e i s t b e g ü n s t i g u n g s k l a u s e l enthalten ist. Die Vereinbarung einer solchen Klausel beinhaltet die Verpflichtung der Bundesrepublik Deutschland, den Angehörigen des anderen Vertragspartners innerhalb seiner Grenzen eine nicht weniger günstige Behandlung angedeihen zu lassen, als sie den Staatsangehörigen irgendeines anderen dritten Staates gewährt wird.<sup>446)</sup>

Nun wird zwar den Angehörigen der EG-Staaten durch das Gesetz über Einreise und Aufenthalt von Staatsangehörigen von Mitgliedstaaten der EWG (AufenthG/EWG) v. 22.7.1969 (BGBl. I S. 927) in weitem Umfang ein Rechtsanspruch auf Erteilung einer AE eingeräumt. Dennoch würde es zu weit führen, wollte man annehmen, daß nun die in Niederlassungsverträgen enthaltenen Meistbegünstigungsklauseln für die Angehörigen dieser Vertragspartner mit Blickrichtung auf das AufenthG/EWG ebenfalls einen Rechtsanspruch auf eine AE zu erzeugen vermöchten.

Nach Artikel 2 des EWG-Vertrages ist die Aufgabenstellung der EWG durch derartige (noch näher zu schildernde) Besonderheiten gekennzeichnet, daß eine aufenthaltsrechtliche Gleichstellung der Angehörigen von Niederlassungsvertragspartnern mit denen der EWG-Mitgliedstaaten dem Sinn des EWG-Vertrages gegengerichtet sein würde und, was rechtlich erheblicher ist, nicht angenommen werden kann, daß bei Festlegung von Meistbegünstigungsklauseln von beiden Vertragspartnern eine solche Gleichstellung beabsichtigt gewesen wäre, wenn zu diesem Zeitpunkt die Realisierung des supranationalen Zusammenschlusses der EWG schon stattgefunden hätte.<sup>447)</sup> Den Staats-

angehörigen von Staaten außerhalb der EWG ist aber weder durch Vertrag noch sonst ein Rechtsanspruch auf AE eingeräumt. Gerade die Aufnahme einer Meistbegünstigungsklausel in bezug auf Einreise- und Aufenthaltsberechtigung ist ein deutlicher Hinweis darauf, daß die Verträge aus sich heraus gerade keinen Anspruch auf AE einräumen wollen (vgl. BayVGH, U. v. 30.6.1970, BayVG1. 70, 368/9).

### ββ) Inländerbehandlungsklauseln

Eher zu Zweifeln Anlaß mag die Frage geben, ob einer in einem NAK enthaltenen Zusicherung der Inländerbehandlung von Angehörigen des Vertragspartners, welche sich wirtschaftlich oder beruflich selbständig<sup>448)</sup> betätigen wollen, wenn nicht schon ein Rechtsanspruch auf eine AE, so aber doch wenigstens ein anders gearteter positiver Einfluß auf deren einreise- und aufenthaltsrechtliche Stellung entnommen werden kann. Beispielsweise bestimmt Art. 7 Nr. 1 des deutsch-griechischen Niederlassungsvertrages vom 18.3.1960:

"Den Staatsangehörigen jedes Vertragsstaates wird im Gebiet des anderen Vertragsstaates Inländerbehandlung hinsichtlich der Zulassung zu wirtschaftlichen oder beruflichen Tätigkeiten jeder Art und der Ausübung solcher Tätigkeit gewährt..."

Einen ähnlichen Wortlaut haben auch Art. 3 des deutsch-persischen NAK und Art. 10 ENA.

Ganz überwiegend und zutreffenderweise wird nun aber diesem Art. 7 des deutsch-griechischen NAK **n i c h t** die Bedeutung zugesprochen, daß ein Grieche, der zur Ausübung einer selbständigen beruflichen Tätigkeit in die Bundesrepublik Deutschland einreisen will, nun auch bereits hinsichtlich dieser seiner Einreise wie ein Inländer, also wie ein Deutscher behandelt und ihm deshalb diese gestattet werden müßte. Zwar hängen die tatsächlichen Vorgänge der Aufenthaltsnahme und der beruflichen Betätigung selbstverständlich insofern von-

einander ab, als eine Berufsaufnahme in der Bundesrepublik Deutschland die vorherige Aufenthaltnahme des Ausländers voraussetzt. Dies zwingt aber nicht notwendig zu dem Schluß, daß ein durch eine Inländerbehandlungsklausel entstandener Rechtsanspruch auf Zulassung und Ausübung eines Berufs auch einen Rechtsanspruch auf Erteilung der AE quasi als seine Voraussetzung miteinschließt. Vielmehr muß davon ausgegangen werden, daß die Einräumung eines Berufszulassungsanspruchs vermittels einer Inländerbehandlungsklausel nur dann rechtlich zum Tragen kommen soll, wenn nicht anders gelagerte Gründe der Aufnahme entgegenstehen, beispielsweise Sicherheitsgründe oder Gründe der öffentlichen Gesundheit.

Für eine solche Intention der Vertragspartner spricht die Tatsache, daß in den NAK auch dann, wenn in ihnen eine gewerblichen Inländerbehandlungsklausel aufgenommen ist, Einreise und Aufenthalt auf der einen und die Aufnahme einer Erwerbstätigkeit auf der anderen Seite *s e p a r a t*, meist sogar in eigenen Kapiteln behandelt wird, wobei die Aufenthaltsbestimmungen vorausgestellt sind. Die Unbedenklichkeit der Aufenthaltnahme wenigstens aus Gründen, die von der Erwerbstätigkeit verschieden sind, soll offenbar *v o r w e g* geprüft werden und erst im Fall ihrer Bejahung ein gewerbliches Niederlassungsrecht begründet sein.<sup>449)</sup> Für die Erteilung der AE sind die Vertragsbestimmungen, welche sich mit der Aufenthaltnahme befassen maßgeblich, welche aber im allgemeinen, wie z.B. auch Art. 1 des deutsch-griechischen NAK, für die Bundesrepublik Deutschland auf die Normen des Ausländergesetzes verweisen, wonach die Erteilung einer AE, wenn Belange der Bundesrepublik nicht entgegenstehen, im pflichtgemäßen Ermessen der Ausländerbehörde steht (§ 2 Abs. 1 S. 2 AuslG).



Die Feststellung, daß eine Inländerbehandlungsklausel für sich alleine in der Regel nicht zur Annahme des Bestehens eines Rechtsanspruches auf AE zwingt, bedeutet jedoch nicht, daß eine solche Klausel in bezug auf die rechtliche Behandlung von Einreise und Aufenthalt überhaupt keine Rechtswirkungen zu entfalten in der Lage ist.

Einwirkungsmöglichkeiten wären für eine Inländerbehandlungsklausel z.B. bei der Entscheidung der Ermessensfrage, ob dem Ausländer überhaupt eine AE erteilt werden soll (§ 2 Abs. 1 S. 2 AuslG) als auch bei der Frage denkbar, ob ihm die AE zwar erteilt, diese aber mit einer die Berufsausübung versagenden oder beschränkenden, ebenfalls im Ermessen<sup>450)</sup> stehenden Auflage versehen werden soll (§ 7 Abs. 3 AuslG). Einer Inländerbehandlungsklausel könnte dabei ermessensbeschränkende Wirkung zukommen.<sup>451)</sup>

In der Tat vertritt das Verwaltungsgericht Ansbach (U. v. 14.7.1966, GewArch 67, 190 ff.) für das deutsch-griechische NAK und allgemein auch B a u m (GewArch 68, 245 ff.) die Ansicht, daß der AE eines Ausländers, welcher einer berufsrechtlichen Inländerbehandlungsklausel eines NAK unterfällt, keine die selbständige Berufsausübung versagende oder beschränkende Auflage hinzugefügt werden darf. Nur so könne verhindert werden, daß eine solche Vertragsklausel "praktisch illusorisch" (VG Ansbach a.a.O.) gemacht werden könne.

Im Gegensatz hierzu nimmt das Bundesverwaltungsgericht, der Bayerische Verwaltungsgerichtshof, das Oberverwaltungsgericht Rheinl.-Pfalz sowie der Kommentar von Kloesel-Christ an, daß die Verfügung einer berufsversagenden oder -beschränkenden Auflage aus allgemeinen ausländerrechtlichen Gründen auch dann möglich sei, wenn ein Ausländer einer berufsrechtlichen Inländerbehandlungsklausel unterliegt.<sup>452)</sup>

Bei der Entscheidung der Frage, welcher Rechtsauffassung zu folgen ist oder ob nicht etwa ein Mittelweg eingeschlagen werden muß, ist von folgenden Überlegungen auszugehen:

Es ist unbestritten, daß durch Bundesgesetz in innerdeutsches Recht transformierte Niederlassungsverträge, wenigstens soweit sie für den Ausländer günstigere Regelungen enthalten, gegenüber den Normen des Ausländergesetzes Vorrang genießen, § 55 Abs. 3 AuslG. Bestimmt eine Vertragsnorm, daß "den Staatsangehörigen jedes Vertragsstaates im Gebiet des anderen Vertragsstaates Inländerbehandlung hinsichtlich der Zulassung zu wirtschaftlichen oder beruflichen Tätigkeiten jeder Art und der Ausübung solcher Tätigkeiten gewährt" wird (so Art. 7 Nr. 1 des dt.gr. NAK), so könnte ihr wohl, allerdings nur unter der Voraussetzung, daß man diese Norm unter Außerachtlassung der übrigen Vertragsbestimmungen für sich alleine betrachtet, kein anderer Sinn zukommen, als daß einem Ausländer eine solche selbständige Betätigung nur dann beschränkt oder versagt werden kann, wenn sie bei Vorliegen der objektiv und subjektiv gleichen Voraussetzungen auch einem deutschen Staatsangehörigen beschränkt oder versagt werden könnte. Das müßte auch dann gelten, wenn sich für die Bundesrepublik Deutschland durch das Tätigwerden eines Ausländers wirtschafts- oder sozialpolitische Risiken oder sonstige, sich eventuell auch aus der Person des Ausländers ergebende Gefahren und Bedenken ergeben würden. Solche Risiken, so müßte man annehmen, hätten die Vertragspartner dann bewußt in Kauf genommen. Alle Rechtsnormen des Ausländergesetzes, welche durch die vertragliche Rückverweisung weiterhin anwendbar bleiben und welche normalerweise Maßnahmen gegen Ausländer zulassen, könnten dann, so müßte man weiterfolgern, keine Rechtsgrundlage für berufsversagende oder - beschränkende Verfügungen darstellen. Insbesondere könnte keine diesbezügliche Auflage nach § 7 Abs. 3 AuslG erlassen werden. Man wäre bei isolierter Betrachtung der Inländerbehandlungsklausel gezwungen, ihr eine ermessenseinschränkende Wirkung zuzusprechen (so in der Tat VG Ansbach a.a.O. und Baum a.a.O.).

Es ist aber sehr die Frage, ob man die berufsrechtlichen Inländerbehandlungsklauseln tatsächlich so isoliert aus sich selbst heraus interpretieren darf.

Mit Sicherheit müssen Abstriche gemacht werden, wenn in einem NAK die Inländerbehandlungsklausel selbst mit Einschränkungen versehen ist:

So bestimmt beispielsweise der Art. 7 des dt.gr. NAK in seiner Nr. 5, daß die Klausel keine Anwendung für eine Tätigkeit im öffentlichen Dienst sowie für die im beigefügten Protokoll aufgeführten Berufe und Tätigkeiten finden soll. Das ENA schließt in seinem Art. 10 die Inländerbehandlungsklausel für den Fall aus, das "wichtige Gründe wirtschaftlicher oder sozialer Art ... entgegenstehen".

In diesen Fällen ergeben sich bei Vorliegen der entsprechenden Voraussetzungen keine Ermessensschränken im vorher aufgezeigten Sinne.

Fraglich ist jedoch, ob zur einschränkenden Interpretation der Klausel auch die aufenthaltsrechtlichen Vertragsvorschriften herangezogen werden können.

Für die Zulässigkeit eines solchen Verfahrens muß zwar nicht notwendig die Erkenntnis sprechen, daß diese Vorschriften in jedem Falle Vorrang vor der Klausel insofern besitzen, als letztere nicht in der Lage ist, einen Rechtsanspruch auf eine AE zu implizieren (s. S.176ff.). Denn es könnte wenigstens als denkbar, wenn nicht sogar als naheliegend bezeichnet werden, daß die Inländerbehandlungsklausel, gewissermaßen als eine Spezialbestimmung auf dem beruflichen Sektor, den sonst bestehenden weiten Ermessensspielraum wenigstens auf diesem Gebiete einzuschränken in der Lage ist.<sup>453)</sup>

Eine völlige Nichtberücksichtigung der berufsrechtlichen Inländerbehandlungsklausel sogar im Rahmen der aufenthaltsrechtlichen Ermessensentscheidungen wird man nur dann als mit der Rechtslage übereinstimmend bezeichnen können, wenn sich die Befugnis zur Nichtberücksichtigung entweder dem

vorlaut oder dem Sinn der aufenthaltsrechtlichen Ver-  
tragsvorschriften entnehmen läßt.

Das Bundesverwaltungsgericht stützt seine Ansicht, daß es den Behörden erlaubt sei, trotz einer berufsrechtlichen Inländerbehandlungsklausel einem Ausländer die AE völlig zu versagen, oder ihr eine berufsversagende oder - einschränkende Auflage hinzuzufügen, wenn die in Aussicht ge-  
nommene berufliche Tätigkeit geeignet ist, wirtschaftliche oder soziale Gefahren für die Bundesrepublik Deutschland heraufzubeschwören, durch den Hinweis auf die von den Ver-  
tragsschließenden entweder im Vertrag selbst oder in dem bei-  
gegebenen (einen integrierenden Bestandteil des Vertrages bildenden) Protokoll vorgenommenen Einschränkungen der auf-  
enthaltsrechtlichen Wohlwollensklauseln.<sup>454)</sup> Es bestehe näm-  
lich beispielsweise keine Verpflichtung, den Aufenthalt eines  
Ausländers zu erleichtern, wenn der Aufenthaltnahme "Gründe  
der öffentlichen Ordnung" entgegenstehen (Art. 1 ENA, Art. 1  
Nr. 2 dt.gr.NAK, Art. 2 Nr. 5 dt.amerik. Freundschaftsver-  
trags oder wenn die "wirtschaftlichen oder sozialen Verhält-  
nisse" es nicht gestatten (Art. 2 ENA). Unter dem Begriff  
"Öffentliche Ordnung" habe man aber auch die wirtschaft-  
liche Ordnung zu verstehen. Dies ergebe sich aus der Er-  
läuterung dieses Begriffes im Protokoll zum ENA, welches  
nach allgemeiner Meinung zu diesem Zweck auch zur Inter-  
pretation anderer NAK Verwendung finden könne. Es sei des-  
halb legitim, wenn die zuständigen Behörden durch die Ver-  
sagung einer AE oder durch die Verfügung einer Auflage ver-  
hindern wollen, daß durch die Anwesenheit des Ausländers  
die innerstaatliche wirtschaftliche Ordnung beeinträchtigt  
wird.<sup>455)</sup>

Dem ist, wenigstens im Ergebnis, beizupflichten, solange  
auf die a l l g e m e i n e wirtschaftliche und soziale  
Ordnung abgestellt wird:



Zwar mag es zweifelhaft sein, ob zur Interpretation von NAK allgemein das Protokoll zum ENA herangezogen werden kann, stellt doch jeder einzelne Niederlassungsvertrag und das dazu ergangene Protokoll das Produkt von auf ganz verschiedenen Interessen der jeweiligen Vertragspartner abgestellten Kompromissen dar. Dennoch wird man annehmen können, daß wenigstens diejenigen unbestimmten Rechtsbegriffe, denen zentrale Bedeutung zukommt und die in fast jedem NAK gebraucht werden, in etwa einer einheitlichen Beurteilung durch die Vertragspartner unterliegen und daß hierfür das Protokoll zum ENA als typisch bezeichnet werden kann.

Danach hat jeder Vertragsstaat das Recht, "nach seinen innerstaatlichen Grundsätzen zu beurteilen: die Gründe der öffentlichen Ordnung..., die der Einreise... entgegenstehen." (Abschn. I, a, 1 ENA-Prot.). Der Begriff öffentliche Ordnung ist "in dem weiten Sinne auszulegen, in dem er im allgemeinen in den kontinentalen Ländern verstanden wird. Ein Vertragsstaat kann insbesondere ... die Einreise aus politischen Gründen verweigern ..." (Abschn. III, a, ENA-Prot.). Bei solch weitgehender Interpretationsfreiheit der Vertragsstaaten muß dem Bundesverwaltungsgericht (a.a.O. S. 138/9) in der Tat zugestimmt werden, wenn es die in der Bundesrepublik Deutschland herrschende Praxis sanktioniert, auch Ausländern aus Staaten, mit denen NAK bestehen, bei Beeinträchtigung allgemeinerwirtschaftsordnungspolitischer Interessen die AE entweder zu versagen oder mit einer berufsversagenden oder -einschränkenden Auflage zu versehen.<sup>456)</sup> Denn offenbar haben die Vertragspartner solcher NAK, auch wenn sie berufsrechtliche Inländerbehandlungsklauseln enthalten, von vorneherein nicht daran gedacht, bei Vorliegen der bezeichneten Gründe auf das Recht, die Einreise zu verweigern oder eine entsprechende Auflage zu erlassen, zu verzichten.

Dennoch besteht auch bei dieser Betrachtungsweise keine Veranlassung, den berufsrechtlichen Inländerbehandlungsklauseln jede ermessensbeschränkende Wirkung bei aufenthalt-



rechtlichen Entscheidungen abzusprechen.

Es geht nicht an, diesen Klauseln immer nur Bedeutung für den Fall einzuräumen, daß zuvor eine die Erwerbstätigkeit nicht einschränkende AE erteilt worden ist (so aber BVerwG a.a.O. S. 139).

Zwar implizieren die Klauseln keinen Rechtsanspruch auf eine AE. Auch kann die AE, wie gezeigt, versagt oder mit einer die berufliche Tätigkeit ausschließenden Auflage erteilt werden, falls wirtschafts-, arbeits- oder sozialpolitische Interessen beeinträchtigt werden.

Alle v e r b l e i b e n d e n berufsbezogenen Erwägungen aber, wie beispielsweise bloßes mangelndes Interesse oder Bedürfnis für die geplante Tätigkeit unterhalb der Schwelle der Gefährdung wirtschaftspolitischer oder sonstiger Interessen können infolge der Inländerbehandlungsklausel nur dann zu Lasten des Ausländers gehen, wenn sie in gleicher Weise trotz Art. 12 Abs. 1 GG auch einem Deutschen zum Nachteil gereichen würden.

Es wäre dem Sinn der in innerstaatliches Recht transformierten Inländerbehandlungsklausel völlig entgegengesetzt, wollte es man mit dem Bundesverwaltungsgericht und dem Bayerischen Verwaltungsgerichtshof (jew. a.a.O.) für zulässig halten, daß auch s o l c h e Erwägungen im Rahmen der im Ermessen stehenden aufenthaltsrechtlichen Entscheidungen durchschlagen könnten. Insofern bewirkt vielmehr die Inländerbehandlungsklausel eine echte Ermessensbeschränkung auch hinsichtlich des Aufenthaltsrechts.<sup>457)</sup>

Dies mag der Praxis in vielen Fällen als unzweckmäßig erscheinen. Dennoch haben die Behörden solche in innerdeutsches Recht transformierte völkerrechtliche Verträge zu beachten und dürfen diese nicht etwa selbst zu "korrigieren" suchen.

#### 88) Wohlwollensklausel

Auflagen oder sogar die völlige Versagung der AE aus anderen Gründen sind dagegen nach Ausübungspflicht - gemäßen Ermessens selbstverständlich zulässig. Doch auch diesbezüglich sind die Ausländerbehörden infolge der Niederlassungsverträge in ihrem Ermessen nicht völlig frei. Denn es kommt dann sogleich das vertragliche Postulat zum Zuge, daß den Staatsangehörigen der Vertragspartner die Aufenthaltnahme möglichst zu erleichtern ist bzw. alle diesbezüglichen Entscheidungen wohlwollend zu treffen sind (vgl. Art. 1 und 2 ENA, Art. 1 dt. gr. NAK, Art. 2 dt. span. NAK). Solche Wohlwollensklauseln müssen bei Zweifeln, welche bei Gleichgewichtigkeit der für und gegen die Aufenthaltnahme sprechenden Gesichtspunkte entstehen, den Ausschlag zugunsten der AE geben und führen so zu einer gewissen Ermessensbeschränkung.<sup>458)</sup>

#### 89) Reduzierung des Ermessens auf " Null "

Sprechen staatliche Interessen für die Anwesenheit eines Ausländers oder sprechen gegen sie keine staatlichen Gesichtspunkte oder fällt eine Abwägung zwischen persönlichen Interessen an der Anwesenheit und staatlichen Interessen an der Abwesenheit eines Ausländers eindeutig zu seinen Gunsten aus, so kann eine pflichtgemäße Ermessensausübung nur noch zu einer einzigen rechtmäßigen Entscheidung führen, näml. zur Erteilung der AE (" Ermessensschrumpfung " bzw. " Reduzierung des Ermessens auf Null ").<sup>459)</sup> In diesen Sonderfällen steht einem Ausländer mit Normalstatus ausnahmsweise ein subjektives öffentliches Recht auf Erteilung einer AE zu.<sup>460)</sup>

#### 9) Verhältnismäßigkeitsgrundsatz

Der Fall der Reduzierung des Ermessens auf Null stellt aber eine seltene Ausnahme dar. In fast allen Fällen ist der Behörde ein Ermessensspielraum eröffnet. Obwohl es sich um einen weiten Spielraum handelt, gelten auch hier, wie übrigens

im gesamten Ausländerrecht, die Grundsätze der Verhältnismäßigkeit der Mittel und des geringstmöglichen Eingriffs.<sup>461)</sup> Infolgedessen hat die Behörde zu prüfen, ob statt einer Versagung der AE nicht die Erteilung einer AE unter Bedingungen, Auflagen oder einer Befristung in Betracht zu ziehen ist (§ 7 Abs. 3 AuslG).<sup>462)</sup>

### 5) Verwaltungsvorschriften

Wenn auch jede Ausländerbehörde hinsichtlich der Handhabung ihres Ermessens frei ist, wenn sie sich innerhalb der beschriebenen rechtlichen Schranken hält und deshalb bei gleichem Sachverhalt von verschiedenen Behörden im Außenverhältnis zum Ausländer rechtlich unangreifbare, verschiedene Entscheidungen ergehen können, so besteht dennoch ein erhebliches staatliches Interesse daran, gegenüber den Angehörigen fremder Staaten eine e i n h e i t l i c h e F r e m d e n - p o l i t i k zu verfolgen. Eine zu uneinheitliche Handhabung des AuslG würde mit Sicherheit zu außenpolitischen Belastungen führen.

Der Bundesminister des Inneren hat deshalb von der ihm auf Grund der Art. 83, 84 Abs. 2 GG, § 51 AuslG erteilten Ermächtigung Gebrauch gemacht, und eine allgemeine Verwaltungsvorschrift zur Ausführung des AuslG (AuslGVvw v. 7.7.1967, GMBI. S. 231) erlassen. Es handelt sich dabei nicht um Rechtsnormen, sondern nur um innerdienstliche Vorschriften, die im Außenverhältnis keine Rechtswirkung enthalten. Hält sich die Behörde nicht an sie, dann handelt sie gleichwohl nicht rechtsfehlerhaft, solange sie die Ermessenssschranken nicht überschreitet.

#### d. Zusammentreffen von Versagungs- und Ermessensgründen

Für die zuständigen Behörden mag es oft zweifelhaft erscheinen, ob durch die Anwesenheit eines Ausländers Belange der Bundesrepublik Deutschland beeinträchtigt werden. Schwierigkeiten

können bereits bei der Auslegung des unbestimmten Rechtsbegriffes "Belange" auftreten. Aber auch die Subsumtion des Sachverhalts unter diesen Begriff kann mit Problemen behaftet sein. Auf der anderen Seite kann es sich für die Behörden im gleichen Fall als geradezu selbstverständlich darstellen, daß eine AE auf jeden Fall aus Ermessenserwägungen abgelehnt werden muß.

Nun öffnet sich zwar, rechtlich gesehen, der Ermessensspielraum in dieser Frage erst, wenn zuvor bejaht werden konnte, daß Belange der Bundesrepublik Deutschland nicht beeinträchtigt sind. Dennoch wäre es verfehlt, wollte man verlangen, daß ein ablehnender Bescheid erkennen lassen müsse, ob die Behörde die Erteilung der AE allein wegen einer Beeinträchtigung von Belangen oder - trotz des Fehlens einer solchen Beeinträchtigung - auf Grund von Ermessenserwägungen abgelehnt hat. Sie kann es vielmehr nach allgemeiner Meinung dahingestellt sein lassen, ob Belange der Bundesrepublik Deutschland beeinträchtigt sind, wenn feststeht, daß die AE jedenfalls aus Ermessenserwägungen zu versagen ist.<sup>463)</sup>

#### e. Nebenbestimmungen

Werden durch den Aufenthalt eines Ausländers Belange der Bundesrepublik Deutschland nicht beeinträchtigt, so steht die Erteilung der AE im pflichtgemäßen Ermessen der zuständigen Behörden, § 2 Abs. 1 S. 2 AuslG. Das bedeutet jedoch nicht, daß im Rahmen dieses Ermessens die AE nur entweder völlig versagt oder einschränkungslos erteilt werden müßte, sondern § 7 Abs. 3 AuslG eröffnet, wie schon kurz angesprochen, die Möglichkeit, zwar eine AE (auch in Form eines Sichtvermerks<sup>464)</sup>) zu erteilen, aber mit Einschränkungen zu versehen. Die Beifügung von N e b e n b e s t i m m u n g e n steht dabei im pflichtgemäßen Ermessen der zuständigen Behörden,<sup>465)</sup> denn wenn der Ausländer schon keinen Anspruch darauf hat,

daß ihm überhaupt eine AE erteilt wird, dann kann er erst recht keinen Anspruch auf eine unbeschränkte Erlaubnis haben.<sup>466)</sup>

Bei der gegebenen Wahlmöglichkeit, die AE ganz zu versagen oder sie mit Beschränkungen versehen zu erteilen, haben die Behörden sich vor allem an den verfassungskräftigen Grundsätzen der Verhältnismäßigkeit des Mittels und des geringstmöglichen Eingriffs zu orientieren.<sup>467)</sup>

Gegen den Erlaß von Nebenbestimmungen bestehen auch keine Bedenken in Hinblick auf Art. 6 GG. Denn diese Einschränkungen können im Gegensatz zu einer Ausweisung oder der Versagung einer AE nicht zur Folge haben, daß ein mit einer Deutschen verheirateter Ausländer von seiner Ehefrau getrennt leben muß, da ihm ja der Aufenthalt, wenn auch beschränkt, gestattet ist.<sup>468)</sup>

Auch ein Ausländer, der keine AE benötigt, kann mit räumlichen (nicht aber zeitlichen) Beschränkungen und Bedingungen und Auflagen belastet werden (§ 7 Abs. 5 S. 1 AuslG).

#### aa. Räumliche Beschränkungen

Grundsätzlich stellt die Erteilung einer AE einen überregionalen Verwaltungsakt dar, denn seine Wirkung erstreckt sich i.d.R. nicht nur auf den Bezirk der die Erlaubnis erteilenden Ausländerbehörde, sondern auf das ganze Bundesgebiet einschließlich Westberlins, §§ 7 Abs. 1 S. 1, 53 AuslG. Es ist aber zulässig, die AE von Anfang an oder nachträglich räumlich zu beschränken, § 7 Abs. 1 S. 2 Abs. 4 AuslG. Die amtliche Begründung führt hierzu aus: "Die Gründe können in der Person des Ausländers liegen oder durch besondere Umstände bedingt sein, z.B. durch die Verhältnisse in Grenz- oder Notstandsgebieten oder durch die Notwendigkeit, eine zu starke Ansammlung von Ausländern aus Gründen der öffentlichen Sicherheit und Ordnung zu verhindern."



Normalerweise wird es sich dabei um den Ausschluß von Gebieten handeln, welche sich teilweise innerhalb oder außerhalb des Zuständigkeitsbereichs der entscheidenden Behörde befinden. Wenn aber gerade der gesamte Zuständigkeitsbereich der entscheidenden Behörde von der Geltung der Erlaubnis ausgeschlossen sein soll, so besteht zumindest theoretisch die Gefahr, daß die Interessen derjenigen Gebiete des Bundesgebietes oder Westberlins, in denen der Ausländer sich soll aufhalten können, nicht genügend berücksichtigt würden. Deshalb bindet das Gesetz eine solche Einschränkung an die Zustimmung des Bundesministers des Inneren, § 26 Abs. 1 Nr. 2 AuslG.

Keiner Zustimmung bedürfen dagegen räumliche AE-Beschränkungen innerhalb des Zuständigkeitsbereiches einer Ausländerbehörde, beispielsweise zur Verhinderung der Entstehung von sog. "Ausländergettos" in Großstädten.

Als eine unzulässige Umgehung des Zustimmungserfordernisses müßte es allerdings angesehen werden, wenn dem Ausländer innerhalb des Zuständigkeitsbereiches der Behörde nur ein verschwindend kleiner Bewegungsspielraum zugestanden würde.

#### bb. Zeitliche Beschränkungen

Eine AE kann von der Behörde befristet oder unbefristet erteilt werden, § 7 Abs. 2 S. 1 AuslG. In der Regierungsvorlage war nur die Möglichkeit des Erlasses einer befristeten AE vorgesehen, "um den Überblick über die Ausländer zu wahren, die sich längere Zeit in der Bundesrepublik Deutschland aufhalten",<sup>469)</sup> während die Erlaubnis zum unbefristeten Aufenthalt nur unter den bestimmten zusätzlichen Voraussetzungen in Form einer besonderen Aufenthaltsberechtigung (ABer) vorgesehen war. Aus der Tatsache aber, daß das Institut der ABer mit seinem Merkmal der Nichtbefristung des Aufenthalts erhalten geblieben ist, § 8 AuslG, ist zu schließen, daß die Wahlmöglichkeit zwischen befristeter

und unbefristeter AE i.d.R. zugunsten der befristeten AE auszuüben sein wird. Jedoch würde eine unbefristete Erteilung einer AE insofern keine allzu großen Gefahren bergen als sie (im Gegensatz zu der AE-Berechtigung nach § 8 AuslG) immer noch nachträglich befristet werden kann, § 7 Abs. 4 AuslG.<sup>470)</sup> Der Gesichtspunkt, daß durch eine Befristung der AE die grundsätzliche Regelungsoffenheit der Behörde in Hinblick auf künftige neue Entwicklungen der allgemeinen oder speziell auf den einzelnen Ausländer bezogenen staatlichen Interessenlagen erhalten und durch neuerliche Befristungen auch weiterhin erhalten bleiben soll, kann als sachlich gerechtfertigt und somit im Rahmen des pflichtgemäßen Ermessens befindlich bezeichnet werden.<sup>471)</sup> Um so mehr sind auch Befristungen zulässig, welche sich an konkreten Anlässen orientieren, wie beispielsweise am Zweck des beabsichtigten Aufenthalts, an der allgemeinen Wirtschafts- und Arbeitsmarktlage oder auch am Vorhandensein von Wohnungen am vorgesehenem Aufenthaltsort. Richtschnur für die Behörden hat dabei immer die Aufrechterhaltung der öffentlichen Sicherheit oder Ordnung und die Wahrung sonstiger berechtigter Interessen der Bundesrepublik Deutschland zu sein.

Eine befristete AE kann nachträglich verlängert werden, § 7 Abs. 2 S. 2 AuslG.

#### cc) Bedingungen und Auflagen

Wenn es im öffentlichen Interesse liegt, kann die AE (auch nachträglich) mit Bedingungen und/oder Auflagen verknüpft werden, § 7 Abs. 3 AuslG.

Beispielsweise kann die AE an die Leistung einer finanziellen Sicherheit zur Deckung der Kosten einer eventuell notwendig werdenden Abschiebung geknüpft werden, was insbesondere bei Ausländern aktuell sein kann, deren Heimatstaat weit entfernt liegt.<sup>472)</sup>

Eine AE kann auch mit der auflösenden Bedingung versehen werden, daß die AE erlischt, wenn der Ausländer einen bestimmten Arbeitsplatz wechselt oder überhaupt nicht mehr als Arbeitnehmer tätig ist, sei es, daß er diese Tätigkeit freiwillig aufgibt oder daß die Arbeitserlaubnis (ArbE) erlischt oder widerrufen wird.<sup>473)</sup> Durch eine solche Bedingung wird nicht gegen den auch für Ausländer geltenden Art. 12 Abs. 2 GG verstoßen; denn der Ausländer wird ja nicht zu dieser Tätigkeit gezwungen, sondern kann ihr durch Verzicht auf Einreise oder weiteren Aufenthalt rechtmäßig ausweichen.<sup>477)</sup>

Einem Ausländer kann aber auch auferlegt werden, daß er entweder gar keine oder keine bestimmte Erwerbstätigkeit (selbständig oder unselbständig, vgl. AuslVwv Nr. 14 zu § 2 AuslG) ausüben darf, wenn diese Maßnahme geboten erscheint, um entweder eine Gefährdung der Wirtschafts-, Arbeits- oder Sozialordnung zu vermeiden oder auch, wenn lediglich kein volkswirtschaftliches Interesse oder Bedürfnis hierfür vorhanden ist. Es ist auch zulässig, nur die Gewerbetätigkeit bei Vorliegen dieser Gründe zu versagen, was besonders dann in Betracht kommt, wenn der Ausländer gerade als Arbeitnehmer angeworben worden ist.<sup>475)</sup> Demgegenüber kann sich der Ausländer auch nicht auf § 1 Abs. 1 der Gewerbeordnung (GewO i.d.F.: BGBI. III 7100-1) berufen; denn für Ausländer gehen die Normen des Ausländergesetzes, hier die § 2 Abs. 1 S. 2 i.V.m. § 7 Abs. 3 sowohl als *leges posteriores* als auch insbesondere als *leges speciales* vor.<sup>476)</sup>

Anders ist die Rechtslage allerdings dann zu beurteilen, wenn der Ausländer einem Niederlassungsabkommen (NAK) mit Inländerbehandlungsklausel auf dem Gebiet der selbständigen beruflichen Betätigung unterliegt. Denn nach der ausdrücklichen Vorschrift des § 55 Abs. 3 AuslG gehen abweichende Bestimmungen völkerrechtlicher Verträge (gleichgültig ob sie vor oder nach Inkrafttreten des Ausländergesetzes abgeschlossen wur-

den,<sup>477)</sup> den Normen des AuslG vor. Berufseinschränkende oder -versagende Auflagen sind in solchem Falle dann unzulässig, wenn durch die Tätigkeit die Wirtschafts-, Arbeits- oder Sozialordnung der Bundesrepublik Deutschland nicht beeinträchtigt würde und bei gleichen tatsächlichen Voraussetzungen die Betätigung auch einem Deutschen nicht versagt oder beschränkt werden könnte (siehe zum Ganzen mit ausführlicher Begründung S.175 ff.).

Die Einschränkung oder Versagung einer politischen Betätigung kann nicht über § 7 Abs. 3 AuslG, sondern nur über die Spezialvorschrift des § 6 Abs. 2 u. 3 AuslG erfolgen (siehe hierzu S.133 ff.).

#### f. Verlängerung der Aufenthaltserlaubnis

Eine befristete AE kann verlängert werden, § 7 Abs. 2 S. 2 AuslG. Wird eine AE nach ihrem Ablauf verlängert, so handelt es sich, rechtlich gesehen, um die Erteilung einer neuen AE.<sup>478)</sup> Die Zulässigkeit einer Verlängerung richtet sich deshalb ebenfalls nach § 2 Abs. 1 S. 2 AuslG. Sie muß versagt werden, wenn der weitere Aufenthalt Belange der Bundesrepublik Deutschland beeinträchtigen würde. Ist das nicht der Fall, so steht die Verlängerung im pflichtgemäßen Ermessen der Behörden.<sup>479)</sup>

Bestehen schon bei der Ermessensausübung bei erstmaliger Erteilung einer AE eine Reihe von Ermessensbeschränkungen, so können sich speziell bei der Ermessensentscheidung über die Verlängerung einer AE weitere Ermessensschränken hinzugesellen:

Der Ausländer wird, wenn die Befristung der erstmaligen AE nicht auf einen ganz bestimmten, vom Ausländer auch erreichten Zweck abgestellt war oft darauf vertrauen, daß seinem Begehren auf neuerliche Legalisierung des von ihm gewünschten weiteren Aufenthalts insbesondere dann stattgegeben wird, wenn der endliche Zweck seines Aufenthalts noch nicht erreicht ist oder aber der Zweck seines Aufenthalts so be-

schaffen ist, daß er sich seiner Natur nach (z.B. bei einem Arbeitnehmer) immer wieder neu erreichen läßt. Es stellt sich die Frage, ob und wenn ja, unter welchen Voraussetzungen dieses sein Vertrauen auf Verlängerung der AE von der Rechtsordnung als derart schutzwürdig angesehen wird, daß hieraus entweder die Entstehung eines Rechtsanspruches auf Aufenthaltsverlängerung oder wenigstens Ermessensbeschränkungen resultieren.

Grundsätzlich wird es von Teilen der Rechtsprechung und auch in der Literatur für möglich gehalten, daß unter gewissen Voraussetzungen aus Gründen des Vertrauensschutzes bei der Verlängerung einer AE eine Ermessensverengung eintreten kann.<sup>480)</sup>

Waren der Ausländerbehörde bei der erstmaligen Erteilung einer AE Gründe bekannt, welche ihre Versagung im Ermessenswege gerechtfertigt hätten, so kann eine Verlängerung der AE im allgemeinen nicht mit Bezug auf eben diese Gründe versagt werden.<sup>481)</sup> Diese nicht "ausgenutzten" Versagungsgründe sind nur dann nicht verbraucht, wenn sich ein neuer Grund ergeben hat, der das Zurückgreifen auf die alten Versagungsgründe rechtfertigt.<sup>482)</sup> Anderes hat jedoch dann zu gelten, wenn die Behörde bereits die erstmalige Erteilung einer AE hätte ablehnen müssen, weil die Anwesenheit des Ausländers schon damals staatliche Belange der Bundesrepublik Deutschland beeinträchtigt hat, § 2 Abs. 1 S. 2 AuslG. Eine dennoch erteilte AE wäre dann zwar rechtswirksam, aber rechtswidrig. Ob sie deshalb hätte zurückgenommen werden können oder sogar müssen oder das Vertrauen des Ausländers in solchem Fall Vorrang genießt, soll an dieser Stelle dahingestellt bleiben (siehe hierzu auf S.200ff). Jedenfalls geht ein eventueller Vertrauensschutz des Ausländers in keinem Falle so weit, daß die Behörde gezwungen wäre, ihr rechtsfehlerhaftes Verhalten bei einer in Frage stehenden Verlängerung der AE, welche ja



eine Neuerteilung und keine Rücknahme des bisherigen VAs darstellt, zu wiederholen.<sup>483)</sup>

Eine weitere Ermessenssschranke kann sich ergeben, wenn die erstmalige AE zu einem ganz bestimmten Zweck erteilt worden war und dieser noch nicht erreicht worden ist. War einem Ausländer die AE beispielsweise erteilt worden, um ihm in der Bundesrepublik Deutschland eine bestimmte Ausbildung zu ermöglichen und ist die Erreichung des Ausbildungszieles weiterhin gesichert, so müssen alle Gründe, welche sonst die Versagung der Verlängerung einer AE im Ermessenswege rechtfertigen würden, zurücktreten; er hat dann einen Rechtsanspruch auf Verlängerung der AE.<sup>484)</sup>

Der tiefere Grund für die Annahme eines solchen Rechtsanspruches besteht darin, daß der Staat sich oft das Privatinteresse des Ausländers an der Erreichung eines Ausbildungsziels als (auch) eigenes Interesse zu eigen gemacht haben wird (z.B. zur Erreichung entwicklungspolitischer Ziele) bzw., daß sich der Staat nicht einfach aus geringfügigen Gründen über die bisherigen geistigen, körperlichen und auch materiellen Anstrengungen eines Ausländers im Zusammenhang mit seiner Ausbildung soll hinwegsetzen dürfen, da er sich andernfalls dem Vorwurf der Willkür und Unberechenbarkeit aussetzen würde. Auf der anderen Seite würde es aber wieder zu weit gehen, wollte man für den Fall, daß die Erreichung des Ausbildungszieles weiterhin gesichert ist, einen Rechtsanspruch auf AE-Verlängerung nur dann verneinen, wenn der Ausländer Ausweisungsgründe gesetzt hat.<sup>485)</sup> Eine Ausweisung setzt nämlich die Beeinträchtigung *e r h e b- l i c h e r* Belange der Bundesrepublik Deutschland voraus (vgl. § 10 Abs. 1 Nr. 11 AuslG), während nach allgemeiner Meinung auch die Verlängerung einer AE schon bei Beeinträchtigung von "nur" Belangen zwingend versagt werden muß, vgl. § 2 Abs. 1 S. 2 AuslG (siehe oben S.190 ff.).

Es ist kein Grund dafür ersichtlich, bei einem Ausländer, dem die AE zu einem bestimmten, noch erreichbaren Zweck erteilt wurde in bezug auf die Verlängerung seiner AE eine Ausnahme zu machen und ihm über die "Schwelle" der "Beeinträchtigung von Belangen der Bundesrepublik Deutschland" hinweg zu privilegieren, zumal wenn man, wie hier, unter "Belangen" wichtige Staatsinteressen versteht. Es muß aus Gründen des Staatsschutzes genügen, wenn dem Ausländer bereits die vielfältig denkbaren übrigen Staatsinteressen nicht entgegengehalten werden dürfen. Die Verlängerung der AE ist deshalb auch bei einer zweckgebundenen AE zwingend zu versagen, wenn seine weitere Anwesenheit Belange der Bundesrepublik Deutschland beeinträchtigen würde (§ 2 Abs. 1 S. 2 AuslG).<sup>486)</sup>

Eine Schranke der Ermessensausübung kann sich auch aus dem Verbot des willkürlichen Abweichens von einer bisherigen, über eine längere Zeit hin geübten Verwaltungspraxis ergeben ("Selbstbindung der Verwaltung" bzw. "sachverhaltsbezogene Rechtsgleichheit").<sup>487)</sup>

Hat eine Ausländerbehörde die AE eines Ausländers mehrmals in rechtlich nicht zu beanstandender Ermessensausübung verlängert und haben sich während dieses gesamten Zeitraums die tatsächlichen, rechtlichen und politischen Verhältnisse nicht geändert, so verbietet es der Schutz des Vertrauens des Ausländers auf die Kontinuität der behördlichen Ermessensausübung, daß die Behörde unverändert gebliebenen Umständen nunmehr plötzlich ein anderes Gewicht beimißt und als Folge davon die Ermessensentscheidung zum Nachteil des Ausländers ausfällt.<sup>488)</sup>

Darüber hinausgehend wird von K l o e p f e r<sup>489)</sup> ganz allgemein für die Verlängerung eines auflösend befristeten VAs, wie ihn auch die befristete AE darstellt, die Meinung vertreten, daß nur dann die Verlängerung versagt werden darf, wenn einer der von Rechtsprechung und Lehre entwickelten Gründe vorliegt, welcher es der Behörde ausnahmsweise ge-

statten würde, einen mit einem Widerrufsvorbehalt versehenen fehlerfreien begünstigenden VA zu widerrufen. K l o e p f e r folgert diese Voraussetzungsgleichheit für Widerruf und Versagung der Verlängerung eines VA aus der angeblichen Funktions- und Wirkungsgleichheit von Widerrufsvorbehalt und Befristung: beide würden der Ermöglichung abweichender Verwaltungsentscheidungen für die Zukunft durch zeitliche Begrenzung der dem Betroffenen verliehenen Rechtsposition dienen.<sup>490)</sup>

Dieser Ansicht kann aus mehreren Gründen nicht gefolgt werden: Einmal erscheint es nicht folgerichtig, wenn K l o e p f e r gerade auf dem Widerrufsvorbehalt, welcher für sich allein nur in den seltensten Fällen eine Grundlage für einen wirk- samen Widerruf darstellen kann, und nicht allein auf die von Rechtsprechung und Lehre entwickelten erschwerten materiell- rechtlichen Voraussetzungen für einen Widerruf eines fehler- freien begünstigenden VAs trotz eines beigefügten Wider- rufsvorbehaltes abstellt. Der Widerrufsvorbehalt soll gerade die Widerrufsmöglichkeit ausdehnen und erleichtern.<sup>491)</sup> Das

widerspricht aber seiner offensichtlichen Intention einer Erschwerung der Versagung der Verlängerung eines VAs. Aber auch wenn man hiervon absieht, so läßt sich vor allem Kloepfers Prämisse nicht zustimmen: zwar eröffnen sowohl der rechtswirksam vorgenommene Widerruf als auch der Ablauf eines befristeten VAs der Verwaltung tatsächlich die Möglich- keit neu zu entscheiden. Im übrigen aber besteht ein wesent- licher Unterschied: wenn die Verwaltung einem begünstigenden VA eine Widerrufsklausel beifügt, so geht sie von der Er- wartung aus, daß der VA in seinem begünstigenden Effekt fort dauern soll und daß er nur bei Eintritt besonderer Umstände soll widerrufen werden können (wäre es anders, so hätte sie den VA von vorneherein befristen können). Wenn die Verwaltung dagegen einen VA befristet, dann stellt sie von vorneherein klar, daß er nur für eine bestimmte Zeit gelten soll. Umge-

kehrt wird ein VA, der wirksam widerrufen worden ist, in den seltensten Fällen nochmals erlassen, auf jeden Fall aber mit anderem Inhalt. Läuft die Wirkung eines VA aber durch Ablauf der Befristung ab, so rechnet die Verwaltung durchaus mit der Möglichkeit, den gleichen VA noch mehrmals zu erlassen. Nur bei einer Befristung also ist die Absicht der Verwaltung offensichtlich, sich künftigen Ereignissen anpassen zu können. Hinzu kommt, daß tragender Grundgedanke der von Rechtsprechung und Rechtslehre vertretenen beschränkten Widerrufsmöglichkeit eines VAs der Schutz des Vertrauens des Betroffenen in die Beständigkeit der Wirkung staatlichen Handelns ist.<sup>492)</sup>

Gerade aber dieses Vertrauen kann gegenüber einem befristeten VA von vorneherein nicht entstehen, da der Betroffene von Anfang an ganz offensichtlich auf die kurze Dauer einer Begünstigung hingewiesen wird. Zwar kann er auch bei einem mit Widerrufsvorbehalt versehenen VA nicht mit absoluter Sicherheit auf dessen Bestand rechnen, dennoch kann der Betroffene auf sein Bestehenbleiben eher vertrauen, als auf die Verlängerung eines durch Fristablauf wirkungslos gewordenen VAs.

Wegen dieser Verschiedenartigkeiten muß deshalb eine Übertragung der Regeln über den beschränkten Widerruf auf die Versagung der Verlängerung eines VAs und deshalb auch auf die Versagung der Verlängerung einer AE abgelehnt werden.

Vertrauensschutz kann ein Ausländer deshalb nur nach mehrmaliger Verlängerung einer AE unter dem Gesichtspunkt der Selbstbindung der Verwaltung genießen (siehe S. 193 ff.).

Immerhin aber braucht der Ausländer während der Geltungsdauer seiner AE nicht mit ihrem Widerruf zu rechnen.

g) Rechtswirkungen der Versagung der Aufenthaltserlaubnis

Ist von der Ausländerbehörde ein Antrag auf erstmalige Erteilung oder auf Verlängerung einer AE abgelehnt worden, so hat der Ausländer den Geltungsbereich des AuslG unverzüglich, das heißt ohne schuldhaftes Zögern <sup>493)</sup> zu verlassen (§ 12 Abs. 1 S. 1 AuslG). Der Erlass einer besonderen Verfügung ist hierfür nicht erforderlich. Die Rechtsfolge der Ausreiseverpflichtung tritt kraft Gesetzes ein. <sup>494)</sup> U.U. kann es sich aber im Einzelfall als zweckmäßig erweisen, den Ausländer über diese seine gesetzliche Verpflichtung aufzuklären und ihn zur Ausreise aufzufordern. <sup>495)</sup> Da aber einer solchen Aufforderung nur der Charakter eines Hinweises auf die ohnehin bestehende Rechtslage zukommt, kann ihr mangels einer eigentlichen "Regelung" kein Verwaltungsaktcharakter zukommen. <sup>496)</sup>

Die gesetzliche Ausreiseverpflichtung setzt nicht den Erlass einer Ausweisungsverfügung voraus. <sup>497)</sup> Die Ausweisung, deren Voraussetzungen sich aus § 10 Abs. 1 AuslG ergeben, stellt vielmehr einen von der Versagung der Erteilung oder Verlängerung einer AE unabhängigen Ausreiseverpflichtungsgrund dar, § 12 Abs. 1 S. 2 AuslG.

Erfüllt allerdings ein Ausländer, nachdem ihm die AE bzw. deren Verlängerung verweigert worden ist seine (auch ohne Ausweisung bestehende) Verpflichtung zur Ausreise schuldhaft nicht, so kann er gemäß § 10 Abs. 1 Nr. 6 AuslG ausgewiesen werden, so daß nun seine Verpflichtung, das Bundesgebiet zu verlassen, auch aus diesem weiteren Rechtsgrund resultiert. <sup>498)</sup> Der Erlass einer Ausweisungsverfügung steht jedoch, wie immer, so auch in diesem Fall im Ermessen der Behörde. Wird sie nicht verfügt, so ist dennoch die zwangsweise Entfernung aus dem Bundesgebiet nicht etwa ausgeschlossen. Zwar ist es dem Ausländer nach einer versagenden Verfügung zunächst selbst überlassen, die Konsequenzen aus der Tatsache zu ziehen, daß er sich nicht mehr in der Bundesrepublik



Deutschland aufhalten darf. Erfüllt er aber seine Ausreisepfl. nicht, so kann er gemäß § 13 AuslG abgeschoben werden (siehe S.259 ff.).

#### h. Die Aufenthaltsberechtigung

Das allgemeine Völkerrecht verpflichtet die Staaten auch dann nicht zur Gestattung des weiteren Aufenthalts, wenn ein Ausländer sich lange Zeit rechtmäßig im Gastland aufgehalten hat. Auf der anderen Seite ist es den Staaten aber unbenommen, von sich aus die Rechtsstellung solcher Ausländer nach längerem Aufenthalt zu verbessern.<sup>499)</sup>

Von dieser Möglichkeit hat die Bundesrepublik Deutschland Gebrauch gemacht. Die Ausländerpolizeiverordnung (APVO) vom 22.8.1938 (RGBl. I S. 1053) kannte seinerzeit nur eine einheitliche Aufenthaltserlaubnis, so daß ein Ausländer seine Rechtsstellung auch durch einen langjährigen, unbeanstandet gebliebenen Aufenthalt nicht verbessern konnte. Das Ausländergesetz hat dagegen im Hinblick auf die Tatsache, daß sich "aus einem lang andauernden Aufenthalt, einer langfristigen Beschäftigung oder wirtschaftlichen Betätigung in einem fremden Staat" eine gewisse Verbundenheit mit diesem Staat ergibt, welche "oft ihren Ausdruck auch in persönlichen und menschlichen Beziehungen zu den Angehörigen dieses Staates" finden,<sup>500)</sup> als neues Rechtsinstitut die Aufenthaltsberechtigung (ABer) eingeführt. Eine ABer bewirkt nicht nur (wie auch das ENA und bilaterale NAK), daß die Ausweisungsmöglichkeit wesentlich eingeschränkt ist (vgl. § 11 Abs. 1 AuslG), sondern sie gewährt einem Ausländer darüber hinaus besondere Rechtsvorteile gegenüber einem Ausländer, der "nur" eine AE besitzt.<sup>501)</sup>

Damit der Erteilung einer AE-Berechtigung überhaupt nähergetreten werden kann, muß der antragstellende Ausländer drei Voraussetzungen erfüllen:

Zunächst muß er einen 5 Jahre andauernden, ununterbrochenen

Aufenthalt im Geltungsbereich des AuslG nachweisen. Eine gelegentliche Abwesenheit nur vorübergehender Natur wird aber mit Recht für unschädlich gehalten.<sup>502)</sup> Für die Berechnung der 5 Jahre ist nicht entscheidend wann der Ausländer in die Bundesrepublik Deutschland eingereist ist,<sup>503)</sup> sondern allein, ob der Entscheidung über die beantragte Aufenthaltsberechtigung ein fünfjähriger, im wesentlichen ununterbrochener Aufenthalt unmittelbar vorangegangen ist.<sup>504)</sup>

Das Gesetz fordert weiterhin, daß es sich während dieser 5 Jahre um einen rechtmäßigen Aufenthalt gehandelt haben muß. Der Ausländer muß also in dieser Zeit alle einschlägigen Aufenthaltsvorschriften beachtet haben, insbesondere im Besitz einer für ihn erforderlichen AE gewesen sein und seiner Ausweispflicht genügt haben (§§ 2 u. 3 AuslG). Nicht erforderlich ist, daß der Aufenthalt bereits von der Einreise an rechtmäßig gewesen sein muß, wenn er nur während jener, der Entscheidung über die Aufenthaltsberechtigung unmittelbar vorangegangenen fünf Jahre ununterbrochen rechtmäßig gewesen ist.<sup>505)</sup> Hat ein Ausländer während dieser Zeit mit einer AE verbundene Auflagen nicht beachtet, so hat er sich auch dann unrechtmäßig aufgehalten, wenn die Ausländerbehörde aus dies. Tatsache keine Konsequenzen gezogen hat.<sup>506)</sup> Außerdem muß sich der Ausländer in das wirtschaftliche und soziale Leben der Bundesrepublik eingefügt haben. Er muß in der Lage sein, sich und seiner Familie den Lebensunterhalt zu sichern, wobei es nicht so sehr auf die Höhe als auf die Beständigkeit seines Einkommens ankommt. Gleichgültig ist es, ob er selbständig tätig ist oder in einem Arbeitsverhältnis steht. Der Ausländer muß sich seinem Gastland gegenüber loyal verhalten haben und über ausreichende Sprachkenntnisse verfügen. Es muß ersichtlich sein, daß er sich ganz allgemein in der Bundesrepublik Deutschland eingelebt hat.<sup>507)</sup> Wenn sich ein Ausländer nur zu Studien- oder sonstigen Ausbildungszwecken in der Bundesrepublik Deutschland

aufgehalten hat, wird man von einem Einleben, besonders in wirtschaftlicher Hinsicht, nicht sprechen können.<sup>508)</sup>

Erfüllt ein Ausländer diese drei Voraussetzungen, so hat er gleichwohl keinen Rechtsanspruch auf Erteilung der ABER; es liegt vielmehr im pflichtgemäßen Ermessen der zuständigen Behörde,<sup>509)</sup> ob sie seinem Antrag stattgeben will.

Im Rahmen der Ermessensausübung ist besonders zu berücksichtigen, daß sich der Staat im Falle der Erteilung einer Aufenthaltsberechtigung ganz erheblicher Rechte begibt: Eine A-Berechtigung kann nicht auf eine bloße AE zurückgestuft werden.<sup>510)</sup> Eine räumliche oder zeitliche (auch nachträgliche) Beschränkung der Berechtigung ist nicht (mehr) möglich, auch Bedingungen sind nicht gestattet (vgl. § 8 Abs. 2 AuslG). Sogar die Ausweisungsmöglichkeit ist erheblich eingeschränkt (vgl. § 11 Abs. 1 AuslG (näher S.266 ff.)). Mit Recht sieht Weißmann (Komm. § 8 Anm. 2) in der ABER praktisch die Vorstufe zur Einbürgerung. Aus diesem Grunde wird für die Behörde bei der Erteilung einer ABER Zurückhaltung geboten sein, zumal u.U. eine unbefristete AE (§ 7 Abs. 2 AuslG) den vom Ausländer verfolgten Zweck ebenso erreichen kann. Wenn sich ausländische Arbeitnehmer in der Bundesrepublik Deutschland in großer Zahl und über lange Zeit aufhalten, so kann ihre ständige Niederlassung dennoch unerwünscht sein, besonders im Hinblick auf die jederzeit mögliche Änderung der gesamtwirtschaftlichen Lage.<sup>511)</sup> Auf der anderen Seite sind aber private Interessen an der Erteilung der ABER nicht unbeachtlich,<sup>512)</sup> sondern Gegenstand einer Abwägung mit entgegenstehenden staatlichen Interessen.<sup>513)</sup>

Eine Aufenthaltsberechtigung kann nicht gegeben werden, wenn ein Ausländer bereits keiner AE bedarf.<sup>514)</sup> Dies aber nicht etwa deshalb, weil es einem Ausländer an einem Interesse daran fehlen könnte:<sup>515)</sup> einem Ausländer, der keine AE benötigt, könnte der Aufenthalt (nachträglich)

räumlich beschränkt und mit Bedingungen versehen werden, was nach Erteilung einer ABer nicht mehr möglich wäre (§ 8 Abs. 2 AuslG). Da aber § 8 Abs. 2 AuslG davon spricht, daß "... die Erlaubnis zum Aufenthalt als Aufenthaltsberechtigung erteilt werden" kann, wird offenbar eine AE vorausgesetzt. Im übrigen besteht die Erlaubnisfreiheit nach § 2 Abs. 3 AuslG i.V.m. § 1 DV nur bei kurzzeitigem Aufenthalt, so daß der 5-Jahreszeitraum nach § 8 Abs. 1 AuslG nicht erreicht werden könnte. Heimatlose Ausländer, die nach § 2 Abs. 2 AuslG ebenfalls keiner AE bedürfen, benötigen keine ABer, da sie sowieso eine stärkere Rechtsstellung genießen.<sup>516)</sup> Wird eine beantragte Aufenthaltsberechtigung nicht erteilt, so bleibt die zugrundeliegende AE dennoch bestehen.<sup>517)</sup>

#### 1. Endigungsgründe für Aufenthaltserlaubnis bzw. -berechtigung

AE bzw. ABer erlöschen, wenn ein Ausländer

1. keinen gültigen Paß oder Paßersatz mehr besitzt,
2. seine Staatsangehörigkeit wechselt oder verliert,
3. das Bundesgebiet aus einem seiner Natur nach nicht vorübergehenden Grunde verläßt oder
4. ausgewiesen wird (§ 9 Abs. 1 AuslG).

Diese Rechtswirkung tritt bei Vorliegen einer dieser Tatbestände kraft Gesetzes ein. Eines besonderen VAs bedarf es hierzu nicht.<sup>518)</sup>

Nur wenn ein Ausländer ausgewiesen wird, tritt der Tatbestand des Erlöschens der AE und in seinem Gefolge die Rechtspflicht, das Bundesgebiet zu verlassen (§ 12 Abs. 1 AuslG) als Rechtsfolge des Erlasses eines VAs (der Ausweisung) in Erscheinung. Wird gegen die Ausweisung ein Rechtsbehelf eingelegt, so wird die Rechtswirksamkeit dieses VAs vorläufig und rückwirkend gehemmt, § 80 Abs. 1 VwGO. Es sind also nicht nur alle diese Gestaltungswirkung der Ausweisung voraussetzenden Vollzugsakte unzulässig, sondern der Ausländer ist so zu behandeln, als wäre eine Ausweisung überhaupt nicht ausgesprochen worden, die AE bzw. ABer damit

nicht erloschen und eine Ausreisepflicht nicht entstanden.<sup>519)</sup>

Strittig ist, ob die Wirksamkeit der AE noch aus anderen Gründen als denen des § 9 Abs. 1 AuslG ihr Ende finden kann, wenn man einmal von den weiteren gesetzlich vorgesehenen Endigungsgründen des Fristablaufs (Abs. 2) und des Eintritts einer auflösenden Bedingung (Abs. 3) absieht.

M a r x e n (Komm. § 2 Anm. 23 und § 9 Anm. 1) und W e i ß m a n n (Komm. § 9) vertreten die Auffassung, daß auch die Möglichkeit besteht, eine rechtmäßige AE zu w i d e r r u f e n und eine rechtswidrige (aber nicht nichtige) AE z u r ü c k z u n e h m e n, wenn Gründe vorliegen, welche der Exekutive nach allgemeinen verwaltungsrechtlichen Grundsätzen den Widerruf bzw. die Rücknahme gestatten: § 9 Abs. 1 AuslG zähle nämlich die Erlöschensgründe nicht abschließend auf, sondern führe nur diejenigen Tatbestände an, welche die AE nach speziellen Gründen des Ausländergesetzes zum Erlöschen bringen, wogegen allgemeine Erlöschensgründe nicht angeführt seien.

Dagegen vertreten K a n e i n (Komm. § 9 Anm. 6), S c h i e d e r m a i r (§ 9 Anm. 1), A n g e r e r (a.a.O. S. 328 und Kloesel-Christ (Komm. § 9 Nr. 5) die Auffassung, daß neben den oben geschilderten Endigungsgründen der Widerruf oder die Rücknahme einer AE bzw. ABER nicht zulässig seien, da die §§ 9, 10 AuslG eine abschließende Sonderregelung dieses Problems darstellen würden. Das Bundesverwaltungsgericht verwendet zwar in seinem Urteil v. 25.2. 1969 (DVB1. 69, 590) den Begriff der Zurücknahme der Verlängerung einer AE, jedoch ergibt der Gesamtzusammenhang der Entscheidung zweifelsfrei, daß damit die Ausweisung gemeint ist.

Zu diesem Streit ist folgendes zu bemerken:

Handelt es sich um eine unbefristete AE bzw. um eine ABER, so



liegt allerdings der Gedanke nahe, daß der Verwaltung bei Vorliegen besonderer Umstände eine Möglichkeit an die Hand gegeben werden muß, diese begünstigenden VAE in ihrer Rechtswirksamkeit zu beenden. Zwar kann eine unbefristete AE nachträglich noch befristet bzw. mit Auflagen oder Bedingungen versehen werden, § 7 Abs. 4 AuslG. Solche Maßnahmen werden aber in vielen Fällen nicht ausreichend sein, wenn wichtige Interessen der Bundesrepublik Deutschland gewahrt werden müssen.

Sollte das Gesetz in § 9 Abs. 1 AuslG den Eintritt der Unwirksamkeit der AE bzw. Aber tatsächlich nur in ganz speziellen Fällen vorsehen, welche nur einen Bruchteil der Gründe abdecken würden, bei denen eine Endigung der Erlaubnis für unbedingt erforderlich gehalten werden muß, dann müßte der Auffassung von M a r x e n und W e i ß m a n n (jeweils a.a.O.), daß Widerruf und Rücknahme zulässig sind, zugestimmt werden.

Diese Voraussetzungen liegen jedoch nicht vor. Zwar stellen die ersten drei Alternativen des § 9 Abs. 1 AuslG in der Tat ganz spezielle Gründe dar, welche den Eintritt der Unwirksamkeit der Erlaubnisse rechtfertigen. Jedoch bestimmt § 9 Abs. 1 Nr. 4 AuslG, daß auch die erfolgte Ausweisung das Ende der Erlaubnisse herbeiführt. Ausgewiesen werden kann aber ein Ausländer aus den verschiedensten Gründen und ganz allgemein, wenn seine Anwesenheit erhebliche Belange der Bundesrepublik Deutschland beeinträchtigt, § 10 Abs. 1 AuslG (s. S.244 ff.).

Diese Ausweisungsgründe und hierbei insbesondere der allgemein gehaltene Grund der Beeinträchtigung von erheblichen Belangen decken mit Sicherheit alle Sachverhalte ab, welche es der Exekutive nach allgemeinen verwaltungsrechtlichen Grundsätzen gestatten würden, eine AE zu widerrufen oder zurückzunehmen. Der Tatsache, daß nach Rspr. und Lehre begünstigende VAE nicht ohne weiteres, sondern nur unter erschweren Umständen widerrufen oder zurückgenommen wer-

den können,<sup>520)</sup> wird § 10 Abs. 1 AuslG dadurch gerecht, daß eine Ausweisung nicht schon bei Beeinträchtigung von Belangen, sondern nur von erheblichen Belangen zulässig ist. Der Tatsache, daß die ABer dem Ausländer eine über die AE hinausgehende gefestigtere Rechtsstellung einräumt (s.S.197ff) und deshalb an die Zulässigkeit von Widerruf und Rücknahme auch schärfere Anforderungen gestellt werden müßten (so auch Marxen Komm. § 9 Anm. 1), wird das Gesetz dadurch gerecht, daß es die Ausweisung eines solchen Ausländers (in Einschränkung des § 10 AuslG) nur aus besonders schwerwiegenden Gründen zuläßt (§ 11 Abs. 1 AuslG). Es ist deshalb der von Kanein, Angerer, Schiedermaier und Kloesel-Christ (jeweils a.a.O.) vertretenen Auffassung zu folgen, daß die Regeln über den Widerruf und die Rücknahme eines begünstigten VAs im Falle einer AE bzw. ABer durch das Rechtsinstitut der Ausweisung ersetzt sind, §§ 9 Abs. 1 Nr. 4, 10 Abs. 1, 11 Abs. 1 AuslG.

Die AE kann nach Wegfall der Erlöschensgründe wieder erteilt werden. Im Falle des Wechsels oder Verlustes der Staatsangehörigkeit ist die Wiedererteilung in jedem Falle möglich. Ist ein Ausländer ausgewiesen worden, so ist die Sperrfrist des § 15 AuslG zu beachten.

Sind AE bzw. ABer erloschen, so ist der Ausländer verpflichtet, den Geltungsbereich des Ausländergesetzes unverzüglich zu verlassen (§ 12 Abs. 1 S. 1 AuslG).

## II. Einreise und Aufenthalt von Ausländern mit Sonderstatus

Bestimmten Ausländergruppen ist in der Bundesrepublik Deutschland ein Sonderstatus eingeräumt. Sie genießen entweder eine von den Normen des Ausländergesetzes völlig losgelöste, besondere Rechtsstellung oder es wird ihnen durch Ausnahme-

bestimmungen dieses Gesetzes eine bevorzugte Rechtsposition zuteil.

Ein ausländerrechtlicher Sonderstatus kommt folgenden Personengruppen zu:<sup>521)</sup>

- a) Exterritorialen Personen
- b) Angehörigen der Staaten der Europäischen Gemeinschaft
- c) Angehörigen der Streitkräfte der NATO-Staaten
- d) Asylberechtigten(Art. 16 Abs. 2 S. 2 GG)
- e) Heimatlosen Ausländern.

#### 1. Exterritoriale Personen

Das Ausl.-Gesetz findet keine Anwendung auf Ausländer, die nicht der deutschen Gerichtsbarkeit unterliegen, § 49 Abs. 1 Nr. 1 AuslG.

Gemäß §§ 18 ff. GVG unterliegen folgende Personen nicht der deutschen Gerichtsbarkeit:

- a) Staatsoberhäupter anderer Staaten ohne Rücksicht auf den Zweck ihres Aufenthalts
- b) Chefs und Minister fremder Regierungen bei amtlichen Besuchen
- c) Leiter ausländischer diplomatischer Vertretungen
- d) Mitglieder diplomatischer Vertretungen
- e) Geschäftspersonal der diplomatischen Vertretungen
- f) Im Haushalt lebende Familienmitglieder der Missionschefs und der Mitglieder der diplomatischen Vertretungen
- g) Bedienstete des Missionschefs und der Mitglieder der diplomatischen Vertretungen, wenn sie nicht die deutsche Staatsangehörigkeit besitzen.

Diese Ausländer bilden die Gruppe der Exterritorialen.<sup>522)</sup>

Unter den Ausländern, welchen ein Sonderstatus zukommt, genießen die extritorialen Personen die am weitestgehendsten Befreiungen:<sup>523)</sup>

Während ein Ausländer normalerweise im Moment seiner Einreise in fremdes Staatsgebiet der Gebietshoheit dieses Staates unterfällt, wird der Extritoriale in vielen Beziehungen so behandelt, als würde er sich gar nicht auf fremden Staatsgebiet aufhalten, sich also gewissermaßen "extra territorium" befinden und demgemäß ist er dann der Staatsgewalt des Aufenthaltsstaates nicht unterworfen. Hintergrund dieser Rechtsgestaltung ist die Absicht der Staaten, ihre Souveränität im Verkehr mit anderen Staaten möglichst zu wahren, aber den zwischenstaatlichen Verkehr dennoch intensiv und reibungslos zu gestalten. In früheren Zeiten, als die Trennung von Justiz und Verwaltung noch nicht vollzogen war, sah man die Hauptbedeutung der Extritorialität in der Befreiung von der inländischen Gerichtsbarkeit, während man heute nach allgemeinem Völkerrecht ihr Wesen in der Freistellung von der Hoheitsgewalt des Aufenthaltsstaates im Ganzen erblickt, solange und soweit es zur Erfüllung der diplomatischen Aufgaben erforderlich ist.<sup>524)</sup>

Demgemäß verfügt § 49 Abs. 1 Nr. 1 AuslG auch die Freistellung der Extritorialen von den Normen des Ausländergesetzes, wobei dieser Norm allerdings nur deklaratorischer Charakter zukommen dürfte, da die Extritorialität auf allgemeinem Völkerrecht beruht und dieses nach Art. 25 GG als in innerdeutsches Recht transformiertes Recht den Gesetzen vorgeht.<sup>525)</sup>

Die Rechtstellung der Diplomaten ist eingehend durch das "Wiener Übereinkommen über diplomatische Beziehungen" (WÜD) vom 18.4.1961 geregelt. Diesem Abkommen ist die Bundesrepublik Deutschland beigetreten. Es wurde durch Gesetz vom 6.8.1964 (BGBl. II, 957) mit Wirkung vom 14.8.1964 in innerdeutsches Recht transformiert und ist für die Bundesrepublik Deutschland am 11.12.1964 in Kraft getreten. Da es sich um multilaterales Vertragsrecht handelt, gilt

es für die Bundesrepublik Deutschland allerdings nur im Verhältnis zu Staaten, die dem Übereinkommen ebenfalls beigetreten sind und stellt dann gegenüber den allgemeinen Völkerrechtsnormen die lex specialis dar.<sup>526)</sup> Im Verhältnis zu Nichtvertragspartnern sowie dann, wenn das WÜD keine eigene Regelung enthält, gelten für Exterritoriale die Normen des allgemeinen Völkerrechts: danach steht es im Ermessen der Bundesrepublik Deutschland, ob sie von einem Diplomaten einen Sichtvermerk fordern will.<sup>527)</sup> Beispielsweise verlangt die Bundesrepublik Deutschland von Diplomaten nur dann einen Sichtvermerk, wenn die Gegenseitigkeit der Befreiung von der AE nicht gewährleistet ist.<sup>528)</sup>

Ausländische Berufskonsuln besitzen nicht den Status von Exterritorialen. Ihnen kann aber durch völkerrechtliche Verträge deren Vorzugsstellung eingeräumt werden. Die Bundesrepublik ist dem Wiener Übereinkommen vom 24.4.1963 über konsularische Beziehungen (WÜK) beigetreten (Bundesgesetz v. 26.8.1969, BGBl. II S. 1585). Es ist für die Bundesrepublik am 7.10.1971 in Kraft getreten. Die Berufskonsuln sind dann vom AuslG nach § 49 Abs.1 Nr. 1 befreit. Andernfalls unterliegen sie als Nicht-Exterritoriale der deutschen Staatsgewalt, sind jedoch in konstitutiver Weise gemäß § 49 Abs. 1 Nr. 2 von den Normen des Ausländergesetzes freigestellt. Voraussetzung ist allerdings die "Exequatur" der Bundesregierung, d.h. die Erteilung der Befugnis zur Ausübung ihres Amtes. Die aufenthaltsrechtlichen Fragen werden in solchem Fall durch bilaterale Übereinkünfte geregelt.

## 2. Angehörige der Staaten der Europäischen Gemeinschaft

Durch Bundesgesetz über Einreise und Aufenthalt von Staatsangehörigen der Mitgliedsstaaten der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft (AufenthG/EWG) vom 22.7.1969 (BGBl. I S. 927), in der Bundesrepublik Deutschland in Kraft getreten am 26.7.1969, wurde einem bestimmten Kreis von natürlichen



Personen dieser Mitgliedstaaten ein Sonderstatus eingeräumt und damit den Verpflichtungen und Zielen aus den Richtlinien

64 / 220 EWG vom 25.2.1964

64 / 221 EWG vom 25.2.1964

68 / 360 EWG vom 15.10.1968

Genügte getan.<sup>529)</sup>

Die Wirkung des Gesetzes erstreckt sich seit dem 1.1.1973 nicht mehr nur auf die ursprünglichen 5 EWG-Partnerstaaten der Bundesrepublik Deutschland (Italien, Frankreich und die Beneluxländer), sondern auch auf Dänemark, Irland, Großbritannien und Nordirland. Für britische Staatsangehörige gilt das Gesetz allerdings nur, wenn der Paß den Vermerk enthält "holder has the right of abode in the United Kingdom".

Das Gesetz gilt allerdings nicht für alle Angehörigen der EWG-Mitgliedsstaaten, sondern nur für den in § 1 AufenthG/EWG bezeichneten Personenkreis, also für Personen, welche als

- a) Arbeitnehmer,
- b) niedergelassene selbständige Erwerbstätige,
- c) Erbringer von Dienstleistungen oder
- d) Empfänger von Dienstleistungen

tätig sind oder tätig werden wollen (§ 1 Abs. 1 AufenthG/EWG). Allerdings ist dieser Wille nur dann rechtlich erheblich, wenn und solange die Voraussetzungen für seine Verwirklichung vorhanden, mindestens aber nicht auszuschließen sind.<sup>530)</sup>

Aber auch Familienangehörige der in a) bis d) genannten Personen fallen unter das Gesetz und zwar selbst dann, wenn sie nicht Staatsangehörige eines EWG-Staates oder sogar staatenlos sind, § 1 Abs. 2 AufenthG/EWG.

Für Personen, welche zwar Staatsangehörige eines EWG-Mitgliedsstaates sind, aber nicht oder nicht mehr diesen bestimmten Personengruppen unterfallen (z.B. Touristen, Erholungssuchende, Personen, die in der Bundesrepublik Deutschland einem Hobby nachgehen oder Personen, welche eine in § 1 Abs. 1 bezeichnete Tätigkeit nicht mehr ausüben wollen oder können, findet das AufenthG/EWG keine Anwendung. Gleiches gilt für Angehörige von Staaten, welche nur in einem Assoziierungsverhältnis mit der EWG stehen. Für sie gelten vielmehr die Vorschriften des Ausländergesetzes und der DV, welche allerdings durch multi- oder bilaterale Niederlassungsabkommen modifiziert sein können.<sup>531)</sup>

§ 1 des AufenthG/EWG gewährt dem in ihm genannten Personenkreis Freizügigkeit nach Maßgabe der weiteren Vorschriften dieses Gesetzes. Das bedeutet hinsichtlich Einreise und Aufenthalt:

Für die Einreise ist eine AE nicht erforderlich, § 2 Abs. 1. Da allerdings auch ohne das AufenthG/EWG von Angehörigen der Mitgliedstaaten der EWG, welche in der Bundesrepublik Deutschland eine Erwerbstätigkeit ausüben wollen, in Abweichung von der sonstigen Regelung keine AE vor der Einreise in Form eines Sichtvermerks gefordert wurde und wird, vgl. § 5 Abs. 1 Nr. 1 und Abs. 3 DV, wirkt sich § 2 Abs. 1 AufenthG/EWG vor allem zugunsten der in § 1 Abs. 2 AufenthG/EWG genannten, nicht selbst erwerbstätig werden wollenden Familienangehörigen aus, wenn sie nicht Angehörige eines EWG-Staates und auch nicht Staatsangehörige eines Staates sein sollten, der in der Anlage zur DV nicht aufgeführt ist: sie bedürfen nach § 2 AufenthG/EWG trotz § 5 Abs. 1 Nr. 2 DV keiner AE vor der Einreise in Form eines Sichtvermerks, wenn der Person, deren Familienangehöriger sie ist, die Einreise oder der Aufenthalt zuvor oder gleichzeitig gestattet wurde. Ist ein Familienangehöriger dagegen Angehöriger eines Staates, welcher in der Anlage zur DV aufgeführt ist, so kann sie auch dann in die Bundesrepublik Deutschland ohne Sichtvermerk einrei-

sen, wenn die Bezugsperson noch keine AE besitzt. Denn die Normen des AufenthG/EWG sollen gegenüber den Bestimmungen des AuslG und der hierzu ergangenen DV eine Verbesserung der Rechtsstellung bringen (§ 15 S. 2 AufenthG/EWG).<sup>532)</sup>

Ausnahmsweise bedürfen gemäß § 8 AufenthG/EWG folgende Personen auch für den Aufenthalt keiner AE:

- 1) Arbeitnehmer, welche sich auf der Arbeitssuche befinden, für die ersten 3 Monate nach der Einreise (Abs. 1),
- 2) Arbeitnehmer, Erbringer und Empfänger von Dienstleistungen, sowie deren Familienangehörige, wenn die voraussichtliche Dauer des beabsichtigten Aufenthalts drei Monate nicht übersteigt (Abs. 2) und
- 3) Grenzarbeitnehmer (Abs. 3).

Alle übrigen unter das AufenthG/EWG fallende Personen bedürfen jedoch für ihren Aufenthalt einer Aufenthaltserlaubnis (vgl. §§ 3 bis 7 AufenthG/EWG).

Der entscheidende Unterschied zur Rechtsstellung anderer Ausländer besteht jedoch darin, daß auf die Erteilung dieser Aufenthaltserlaubnis bei Vorliegen gewisser Voraussetzungen und bei Nichtvorliegen bestimmter Umstände ein Rechtsanspruch besteht.<sup>533)</sup>

Daß das AufenthG/EWG ein subjektives öffentliches Recht auf Erteilung der AE einräumen will, wenn ein Arbeitnehmer in einem Arbeitsverhältnis steht (§ 3 Abs. 1) bzw. wenn ein Ausländer zur Ausübung der beabsichtigten selbständigen Erwerbstätigkeit oder zur Erbringung der Dienstleistung berechtigt ist (§§4 Abs.1, 5 Abs.1) bzw. wenn i. Falle eines Familienangehörigen die Bezugsperson eine angemessene Wohnung besitzt (§ 7 Abs. 1), ergibt sich immer aus dem jeweiligen Wortlaut der §§ 3 bis 7: ... "wird auf Antrag eine AE erteilt, ...". Aber selbst wenn man nicht bereit sein sollte, der Verwendung des Ausdrucks "wird erteilt" diese weitreichende Bedeutung zuzuerkennen,<sup>534)</sup> so schließt wenigstens § 12 AufenthG/EWG diesbezügliche Zweifel endgültig aus, dessen Fassung nicht anders als

dahin interpretiert werden kann, daß bei Nichtvorliegen der in ihm bezeichneten Gründe ein Rechtsanspruch auf eine Erteilung einer AE bestehen soll.

Während also einem Ausländer mit Normalstatus die AE schon dann zwingend versagt werden muß, wenn seine Anwesenheit (lediglich) Belange der Bundesrepublik Deutschland beeinträchtigt (§ 2 Abs. 1 S. 2 AuslG), muß sie einem Ausländer, der dem AufenthG/EWG unterfällt in gleichem Falle nicht nur nicht versagt werden, sondern immer noch zwingend erteilt werden. Jede Beeinträchtigung von Interessen der Bundesrepublik Deutschland unterhalb der "Schwelle" von erheblichen Belangen läßt also seinen Rechtsanspruch auf AE unberührt.

Aber selbst dann, wenn die Anwesenheit eines solchen Ausländers erhebliche Belange der Bundesrepublik Deutschland im Sinne der für das Ausländergesetz gefundenen Interpretation von "besonders wichtigen Interessen" beeinträchtigen würde, so bestimmt § 12 AufenthG/EWG in seinen Abs. 2 bis 6, daß die Beeinträchtigung bestimmter Staatsinteressen oder gewisse Beeinträchtigungsformen gleichwohl nicht als eine "Beeinträchtigung von erheblichen Belangen" im Sinne von Abs. 1 anzusehen sind und deshalb der Rechtsanspruch auf AE fortbesteht: beispielsweise darf die AE nicht aus wirtschaftlichen Gründen versagt werden (§ 12 Abs. 2 AufenthG/EWG), so daß z.B. die Arbeitsmarktlage oder der Schutz vor ruinösem Wettbewerb keine Versagungsgründe bilden können.

Außerdem darf eine AE nur versagt werden, wenn sich die Beeinträchtigung eines erheblichen staatlichen Belanges als eine Folge der persönlichen Verhaltensweise des Ausländers darstellt. Eine Ausnahme besteht hiervon nur, wenn der Schutz der öffentlichen Gesundheit in Frage steht, § 12 Abs. 3 AufenthG/EWG.

Auch genügt die Tatsache einer strafrechtlichen Verurteilung für sich allein nicht, um den Rechtsanspruch auf AE zu verweigern, § 12 Abs. 4 AufenthG/EWG.

Sind jedoch im Einzelfall durch die Anwesenheit eines Ausländers die öffentliche Sicherheit oder Ordnung oder sonstige erhebliche Belange im Sinne v. § 12 Abs. 1 AufenthG/EWG beeinträchtigt, so steht ihm ein Rechtsanspruch auf AE nicht zu. Es stellt sich das Problem, ob ihm die AE (ebenso wie einem Ausländer mit Normalstatus nach § 2 Abs.1 S. 2 AuslG) zwingend versagt werden muß oder ob der Behörde diesbezüglich noch ein Ermessensspielraum zusteht:

Kloessel-Christ. (Komm. B 4. 6 Nr. 3 zu § 12 AufenthG/EWG) vertritt im Anschluß an die hierzu ergangene amtliche Begründung (abgedruckt ebenda) die Auffassung, daß in solchem Falle ein Ermessensspielraum bestehe, in dessen Rahmen besonders sorgfältig zu prüfen sei, ob eine Maßnahme gegen den Ausländer angebracht ist. Dieser Ansicht wird zu folgen sein, da sie der Absicht des Gesetzgebers, diese Ausländergruppe gegenüber den Ausländern mit Normalstatus besser zu stellen, gerecht wird.

Wenn und soweit das AufenthG/EWG keine oder keine günstigere Regelung enthält, gelten auch für den unter § 1 des AufenthG/EWG fallenden Personenkreis das AuslG und die hierzu ergangenen DV (vgl. § 15 AufenthG/EWG). Diese Vorschrift ist besonders auch in Hinblick auf künftige Änderungen des AuslG und der hierzu ergangenen DV von Bedeutung, wenn sie den Ausländern eine günstigere Rechtsstellung als das AufenthG/EWG einräumen sollten.

### 3. Angehörige der Streitkräfte der NATO-Staaten

Mitglieder einer Truppe, eines zivilen Gefolges und Angehörige i.S. des Art.I des NATO-Truppenstatus v. 19.6.1951 (BGBl. 1961 II, 1190; für die Bundesrepublik Deutschland in Kraft getreten am 1.7.1963) sind gemäß Art. 6 des Zusatzabkommens v. 3.8.1959 (BGBl. 1961 II, 1218; für die Bundesrepublik in Kraft getreten am 1.7.1963)<sup>535)</sup> von den deutschen Vorschriften auf dem Gebiete der Ausländerpolizei befreit und unterliegen daher nicht dem AuslG.



#### 4. Die Asylberechtigten (Art. 16 II S. 2 GG)

Die aufenthaltsrechtliche Stellung der politisch Verfolgten wurde schon im Rahmen der Darstellung des Staatsrechts erörtert (siehe S 42 ff.). Hierauf wird verwiesen.

#### 5. Heimatlose Ausländer

Die heimatlosen Ausländer genießen nicht nur eine Sonderstellung im Vergleich zu Ausländern mit Normalstatus, sondern ihre Rechtsstellung hebt sich auch gegenüber der den Asylberechtigten eingeräumten Rechtsposition ab.

Die Rechtsgrundlage für ihren Status bildet das Gesetz über die Rechtsstellung heimatloser Ausländer im Bundesgebiet - HAG - vom 25.4.1951 (BGBl. I S. 269). Dieses Gesetz hat unverändert seine Gültigkeit behalten.

Das in innerdeutsches Recht (mit dem Rang einfachen Gesetzesrechts) transformierte Abkommen über die Rechtsstellung der Flüchtlinge -GK - vom 28.7.1951 hat die Geltung des HAG nicht angetastet: Art. 5 der GK bestimmt ausdrücklich, daß Rechte und Vergünstigungen, die unabhängig von diesem Abkommen Flüchtlingen gewährt werden, von den Bestimmungen dieses Abkommens unberührt bleiben. Ein Vergleich zeigt aber, daß das HAG den heimatlosen Ausländern tatsächlich eine Rechtsstellung einräumt, die teils ebenso günstig, teils günstiger als der Konventionsstatus ist.<sup>536)</sup>

Auch das Ausländergesetz läßt das HAG unangetastet: § 46 AuslG bestimmt, daß die §§ 28 bis 45 AuslG, also auch der auf die Rechtsstellung nach der GK verweisende § 44 AuslG, für die heimatlosen Ausländer keine Anwendung finden sollen.

Das HAG bezieht sich im wesentlichen auf die verschleppten Personen und Flüchtlinge des 2. Weltkrieges (displaced

persons). Das Gesetz enthält in § 1 keine eigene Begriffsbestimmung des Personenkreises der heimatlosen Ausländer. Es hat sich damit begnügt, die Entscheidungen der internationalen Flüchtlingsorganisation der Vereinten Nationen (IRO) als verbindlich anzuerkennen. Diese Organisation bemühte sich, den meisten Ausländern durch Auswanderung eine neue Existenzgrundlage zu schaffen. Am 1.2.1952 ist die IRO aufgelöst worden. Die Flüchtlinge, welche bis dahin nicht auswandern konnten, wurden der Obhut der deutschen Verwaltung übergeben. Das HAG hat den weiteren Aufenthalt im Bundesgebiet und speziell das Asylrecht geregelt.

Eine der Voraussetzungen für die Eigenschaft "heimatloser Ausländer" ist nach § 1 Abs. 1a HAG der Nachweis des Ausländers, der Obhut der IRO unterstanden zu haben. Dieser Nachweis wird normalerweise durch Vorlage eines IRO-Ausweises geführt, kann aber auch anders erbracht werden.<sup>537)</sup> Der Kreis der Personen, der der Obhut der IRO unterstanden hat und der Kreis der Personen, welche ausländische Flüchtlinge nach der Genfer Konvention sind kann zwar, muß aber nicht identisch sein.<sup>538)</sup> Während z.B. der Flüchtlingsbegriff der Genfer Konvention Furcht vor Verfolgung voraussetzt (Art. 1 Abschn. A Nr. 2 GK), ist für einen heimatlosen Ausländer weder eine Verfolgung, noch eine diesbezügliche Furcht erforderlich. Allerdings werden eine beachtliche Zahl von Ausländern beide Eigenschaften in sich vereinigen. Dann genießt der Ausländer die günstigere Rechtsstellung nach dem HAG. Hinzukommen muß, daß es sich um einen Nicht-Deutschen handelt. Außerdem muß dieser seinen Aufenthalt am 30.6.1950 im Geltungsbereich des Grundgesetzes oder in West-Berlin gehabt oder - wenn er nach dem 1.7.1948 seinen gewöhnlichen Aufenthalt außerhalb dieses Gebietes verlegt hatte - innerhalb von zwei Jahren seit dem Zeitpunkt seiner Ausreise seinen dauernden Aufenthalt in dieses Gebiet zurückverlegt haben.

Aber nicht nur diese Personen sind als heimatlose Ausländer zu behandeln: gemäß einem Rundschr. des BMI v. 27.3.1953 (GMBI. 1953 S. 313) müssen auch solche Ausländer als hei-

matlose Ausländer anerkannt werden, welche einmal die beiden letztgenannten Voraussetzungen erfüllen und der IRO unterstanden hätten, wenn diese an Stelle ihrer Satzung die Vorschriften und den Flüchtlingsbegriff der GK zugrunde gelegt hätte (ausgenommen solcher Personen, die von der Obhut der IRO aus Gründen der Kriminalität ausgeschlossen gewesen wären). Diese Personen haben einen Rechtsanspruch auf Anerkennung als heimatlose Ausländer.<sup>539)</sup>

Die Eigenschaft als heimatloser Ausländer wird von der örtlich zuständigen Ausländerbehörde festgestellt.<sup>540)</sup>

Die rechtliche Bedeutung "heimatloser Ausländer" ist im Abnehmen begriffen. Bis Ende 1962 waren bereits etwa 14 000 heimatlose Ausländer eingebürgert.<sup>541)</sup>

Die heimatlosen Ausländer sind in ihrer Rechtsstellung den Deutschen angenähert (hinsichtlich einer Einbürgerung sind allerdings die allgemeinen Vorschriften maßgeblich, § 21 HAG). Gemäß § 12 HAG sind heimatlose Ausländer in der Wahl ihres Aufenthaltsortes und in der Freizügigkeit innerhalb des Bundesgebietes den deutschen Staatsangehörigen gleichgestellt. Das bedeutet, daß sie von dem Erfordernis der Aufenthaltserlaubnis freigestellt sind.<sup>542)</sup> Das Ausländergesetz hat dieser Auslegung in seinem § 2 Abs. 2 Nr. 2 Rechnung getragen. Aus § 2 Abs. 1 S. 1 AuslG folgt, daß die heimatlosen Ausländer auch für die Einreise keiner AE bedürfen, es sei denn, sie hätten ihre Rechtsstellung mittlerweile durch Erwerb einer neuen Staatsangehörigkeit oder durch Verlegung des gewöhnlichen Aufenthaltsortes außerhalb des Bundesgebietes verloren (§ 2 Abs. 1 HAG) Hinsichtlich der Wahl des Aufenthaltsortes haben heimatlose Ausländer eine günstigere Rechtsstellung als die ausländischen Flüchtlinge nach Art. 26 der Genfer Konvention.

### Dritter Abschnitt: Die Ausreisefreiheit

§ 19 AuslG behandelt die Ausreisefreiheit der Ausländer und ihre Grenzen.

Die Ausreisefreiheit der Ausländer ist ebenso wie diejenige der Deutschen (s. S.8 ff.) durch das Grundrecht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit (Art. 2 Abs. 1 GG) abgedeckt.<sup>543)</sup> Der daraus folgende Schutz ist jedoch nur in dem durch Art. 2 Abs. 2 GG gezogenen Rahmen, vor allem nur in den Schranken der verfassungsmäßigen Ordnung gewährleistet, wozu jede Rechtsnorm rechnet, die formell und materiell mit der Verfassung in Einklang steht. Der Gesetzgeber ist danach grundsätzlich befugt, auch Regelungen hinsichtlich der (freiwilligen) Ausreise von Ausländern zu treffen. In diesem Zusammenhang muß er jedoch auch die durch Art. 25 GG in innerdeutsches Recht mit Vorrang vor einfachem Gesetzesrecht transformierten allgemeinen Regeln des Völkerrechts beachten.

Das allgemeine Völkerrecht bestimmt, daß ein Ausländer im allgemeinen völlig frei in seiner Entscheidung sein muß, das Gebiet eines fremden Staates, auf dem er sich vorübergehend oder dauernd befindet, wieder zu verlassen. Der Aufenthaltsstaat darf ihn am Verlassen des Staatsgebietes nicht hindern. Dieser Völkerrechtssatz hat seinen Niederschlag in Art. 13 Nr. 2 der Menschenrechtserklärung der Vereinten Nationen v. 10.12.1946 gefunden: "Jeder Mensch hat das Recht, jedes Land (einschließlich seines eigenen) zu verlassen...". Zwar ist die Deklaration (noch) nicht geltendes Recht geworden, da eine entsprechende Staatenkonvention noch nicht abgeschlossen ist.<sup>544)</sup> Das ändert aber nichts an der Existenz dieses ungeschriebenen Völkerrechtssatzes.<sup>545)</sup> § 19 Abs. 1 AuslG entspricht dieser Völkerrechtsregel.

Darüber hinaus muß dem Ausländer, der den fremden Aufenthaltsstaat verlassen will, gestattet werden, sein Vermögen mitzunehmen, also auch sein Guthaben zu transferieren. Weiterhin besteht ein Völkerrechtssatz des Inhalts, daß die Erlaubnis zur Abreise nicht von der Zahlung von Abgaben und der Erfüllung anderer Bedingungen abhängig gemacht werden darf, die ihren Grund einzig und allein in der Tatsache des Verlassens des Staatsgebietes haben würden.<sup>546)</sup> Auf der anderen Seite kann jedoch der Aufenthaltsstaat die Ausreise von der Einhaltung der üblichen Formalitäten abhängig machen (insofern ist § 3 Abs. 1 AuslG völkerrechtlich gedeckt: "Ausländer, die ... aus (dem Geltungsbereich dieses Gesetzes) ausreisen wollen, müssen sich durch einen Paß ausweisen").

Das Völkerrecht läßt jedoch in beschränktem Umfang ausnahmsweise auch die zwangsweise Zurückhaltung von Ausländern zu. Der Aufenthaltsstaat kann nämlich vor deren Ausreise die Erfüllung der den Ausländern ihm (dem Aufenthaltsstaat) gegenüber obliegenden Pflichten verlangen. So kann z.B. die vorherige Verbüßung einer Strafe verlangt werden. Es kann auch die Zahlung rückständiger Steuern gefordert werden (so Dahm a.a.O. S. 526 ; a.A. offenbar Berber I, Völkerrecht, S. 384, der es als eine gegen den internationalen Mindeststandard verstoßende Völkerrechtsverletzung ansieht, wenn eine Zurückhaltung des Ausländers nur wegen Zahlungsanforderungen des Aufenthaltsstaates erfolgen würde, da dies einer unter Kulturnationen verpönten Schuldhaft gleichkäme).

Somit sind die Tatbestände des § 19 Abs. 2 Nr. 2 u. 3 AuslG völkerrechtlich gedeckt, welche die Möglichkeit eines Ausreiseverbotes für die Fälle vorsehen, in denen sich ein Ausländer einer Ahndung eines kriminellen Unrechts oder eines Verwaltungsunrechts entziehen will (einschließlich einer strafgerichtlichen Maßregel der Sicherung und Besserung) oder er gegen Steuerrecht ver-



stößt, wozu auch die Nichtzahlung von Steuerschulden gehört (so Schiederemair Komm. § 19 Anm. 12 i.V.m. § 10 Anm. 15).

Auch die Tatbestände der Nr. 4 und 5 des § 19 AuslG enthalten völkerrechtlich anerkannte Gründe, die den Staat berechtigen, die Ausreise eines Ausländers zu untersagen, beruhen sie doch darauf, daß der Ausländer persönliche oder vermögensrechtliche Verpflichtungen hinterläßt, denen er sich durch die Ausreise entziehen würde (vgl. amtliche Begründung zu § 18 des Regierungsentwurfs, jetzt § 19 AuslG).

Ein Ausreiseverbot kann völkerrechtlich auch gerechtfertigt sein, wenn durch die Ausreise des Ausländers die Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland gefährdet sein würde. Zwar wird der Aufenthaltsstaat seinem Schutzbedürfnis normalerweise gerade durch die gegenteilige Maßnahme, nämlich durch die Ausweisung des Ausländers aus seinem Hoheitsgebiet am besten gerecht. Es sind jedoch auch Fälle denkbar, in denen die Sicherheit des Staates gerade dann gefährdet wäre, wenn man es dem Ausländer gestatten würde, das Staatsgebiet zu verlassen. In solchem Fall kann ein Ausreiseverbot nach § 19 Abs. 2 Nr. 1 AuslG gerechtfertigt sein und wäre dann völkerrechtlich zulässig (vgl. auch Berber I a.a.O. S. 384). Die Ausreisefreiheit muß insoweit hinter den Lebensinteressen des Aufenthaltsstaates zurücktreten. Da jedoch der Heimatstaat solchenfalls u.U. seine Personalhoheit geltend machen wird, scheint es für jeden Aufenthaltsstaat ratsam, sich hinsichtlich einer solchen Maßnahme größte Zurückhaltung aufzuerlegen, um internationale Streitigkeiten zu vermeiden.

Sind also die Gründe, welche ein Ausreiseverbot zulassen, in § 19 Abs. 2 AuslG gesetzlich festgelegt und muß auch bei ihrem Vorliegen ein Ausreiseverbot nicht notwendig verhängt werden, sondern ist seine Verfügung dem pflichtge-

mäßen Ermessen der Behörde anheim gegeben, so kann von einer willkürlichen und damit völkerrechtswidrigen gesetzlichen Regelung der Ausreisefreiheit durch § 19 AuslG nicht gesprochen werden (vgl. zur völkerrechtlichen Zulässigkeit eines Ausreiseverbots die Erklärung des U.S.-State Department v. 21.5.1951, Briggs, The Law of Nations, Cases, Documents and Notes, 2. Aufl., 1953: "Arbitrary refusal to permit aliens to depart from a country is of course a violation of the elementary principles of international law and practice").

#### Vierter Abschnitt: Die Ausweisung

##### A. Begriffsbestimmung

Unter Ausweisung (expulsion) versteht man die Anordnung eines Staates, mit der er einer oder mehreren in seinem Staatsgebiet befindlichen natürlichen Person(en) gebietet, dieses Gebiet innerhalb einer bestimmten Frist zu verlassen und ihr (ihnen) für immer oder auf Zeit verbietet, es erneut zu betreten.<sup>547)</sup> Auch das Ausländergesetz geht von diesem Ausweisungsbegriff aus, denn nach § 12 Abs. 1 hat ein ausgewiesener Ausländer den Geltungsbereich des Gesetzes unverzüglich zu verlassen, er muß an der Grenze (für immer oder auf Zeit) zurückgewiesen werden, § 18 Abs. 1 S. 1 AuslG und es darf ihm auch keine Aufenthaltserlaubnis erteilt werden, § 15 Abs. 1 S. 1 u. 2 AuslG.

Ergeht eine solche Anordnung generell an alle im Staatsgebiet befindlichen Ausländer bzw. an alle Angehörigen eines Staates oder einer Rasse oder nehmen individuelle Befehle einen derartigen Umfang an, daß die Angehörigen eines bestimmten Volkes bzw. ganze Teile eines Volkes allgemein betroffen erscheinen, so spricht man von einer M a s s e n a u s w e i s u n g.<sup>549)</sup>

Im Vergleich zu dem manchmal ebenfalls verwendeten Begriff "Aufenthaltsverbot"<sup>550)</sup> erscheint der Ausdruck "Ausweisung" sachgerechter, da er das Gebot, das Staatsgebiet zu verlassen, klarer zum Ausdruck bringt.<sup>551)</sup>

Die vorgenannte Ausweisungsdefinition umfaßt sowohl Anordnungen an eigene Staatsangehörige als auch an Ausländer. Zwar kommen Ausweisungen eigener Staatsangehöriger in neuerer Zeit nur mehr selten vor, wohl nicht zuletzt deshalb, weil sie im Gegensatz zu früheren Zeiten sowohl völker- als auch staatsrechtlich für rechtswidrig gehalten werden (s. S.2 ff). Aus diesem Grunde wird in der Literatur die Ausweisung fast durchwegs nur mehr als ein gegen Ausländer gerichtetes Gebot und Verbot verstanden.<sup>551a)</sup>

Dennoch kann und muß, will man genau sein, der Ausweisungsbegriff auch auf eigene Staatsangehörige ausgedehnt bleiben, da er nur die Tatsache des Erlasses der Anordnung, nicht aber die Frage ihrer rechtlichen Zulässigkeit zum Gegenstand hat.<sup>552)</sup>

Wird ein Inländer zwangsweise an einen bestimmten Ort außerhalb des Staatsgebietes gebracht, kann er sich also nach Verlassen des Staatgebietes nicht überall hinwenden, so spricht man statt von Ausweisung von **V e r b a n n u n g**.<sup>553)</sup>

Der Begriff der Ausweisung ist unabhängig davon, ob der ausweisende Staat willkürlich verfährt oder ob er für seine Maßnahme sachgerechte Gründe hat und welcher Art sie sind. Dies kann nur für die Beurteilung der Rechtmäßigkeit der Ausweisung von Bedeutung sein.

Gleiches gilt auch in bezug auf die Art des bisherigen Aufenthalts des Ausgewiesenen: ob er sich nur auf der Durchreise befindet oder ob er vorübergehenden Aufenthalt genommen oder sich ständig niedergelassen hat, kann allenfalls für die Frage der Zulässigkeit der Ausweisung, nicht aber für die Tatsache der Ausweisung als solcher von Bedeutung sein.<sup>554)</sup>

Zuletzt muß noch darauf hingewiesen werden, daß sich der Begriff "Ausweisung" in dem Gebot, das Staatsgebiet zu verlassen und dem dauernden oder zeitweisen Verbot, es wieder zu betreten, erschöpft. Erschließt nicht die zwangsweise Durchsetzung dieser Anordnung für den Fall ihrer Nichtbefolgung (die Abschiebung) mit ein. Gleiches gilt von der Androhung der Abschiebung. Beides tritt der Ausweisung gegebenenfalls nur zur Seite.<sup>555)</sup>

### B. Rechtsnatur der Ausweisung

Die Ausweisung stellt keine Strafe, sondern eine Maßnahme der Verwaltung mit polizei- und ordnungsrechtl. Charakter dar. Das gilt selbst dann, wenn sie durch eine strafbare Rechtsverletzung veranlaßt ist,<sup>556)</sup> denn die Ausweisung hat auch in diesem Fall nicht den Zweck, ein bestimmtes menschliches Verhalten zu ahnden, sondern sie soll einer Beeinträchtigung von Staatsinteressen vorbeugen.<sup>557)</sup> Aus diesem Grunde setzt die Ausweisung auch kein vorwerfbares Verhalten voraus.<sup>558)</sup> Im innerdeutschen Ausländerrecht stellt die Ausweisung einen (belastenden) Verwaltungsakt dar.<sup>559)</sup>

### C. Ausweisung und ihr Verhältnis zur Abweisung bzw.

#### Auslieferung

### I. Ausweisung und Abweisung

Während die Ausweisung Personen betrifft, die sich bereits im Inland befinden, richtet sich die Abweisung gegen Personen, die erst beabsichtigen, das Staatsgebiet zu betreten. Die Ausweisung enthält das Gebot, das Staatsgebiet zu verlassen und das eventuell befristete Verbot, es wieder zu betreten. Für die Abweisung ist dagegen nur das Betretungsverbot wesentlich. Der Abweisung kann ebenso wie der Ausweisung im Fall ihrer Nichtbeachtung die zwangsweise Entfernung zur Seite treten.<sup>560)</sup>

Von Abweisung spricht man auch, wenn das Betretungsverbot z.B. bei Grenzkontrollen auf landeinwärts gelegener Bahnstation bzw. auf Flughäfen ausgesprochen wird<sup>561)</sup> oder dem Ausländer schon an einem Ort im Ausland mitgeteilt wird, daß ihm der Zutritt in das Inland versagt wird.<sup>562)</sup> Es liegt auch noch Abweisung vor, wenn ein Ausländer illegal in das Staatsgebiet einreist, er aber kurz darauf bemerkt und sofort zwangsweise an die Grenze verbracht wird (Rückführung oder Rücksendung).<sup>563)</sup>

## II. Ausweisung und Auslieferung

Die Rechtsinstitute Ausweisung und Auslieferung unterscheiden sich ganz wesentlich voneinander:<sup>564)</sup>

Die Auslieferung stellt eine zwischenstaatliche Rechtshilfe dar, an der mindestens zwei Staaten beteiligt sind. Sie beinhaltet die amtliche Überstellung einer Person aus der Strafgewalt eines Staates in diejenige eines anderen, hierum ersuchenden Staates zum Zwecke der Strafverfolgung oder Strafvollstreckung (Akt der Repression). Die Auslieferung findet primär im Interesse des ersuchenden Staates statt.

Im Gegensatz hierzu erfolgt eine Ausweisung ausschließlich im Interesse des Aufenthaltsstaates. Sie dient dem Zweck, der Beeinträchtigung eigener Staatsinteressen vorzubeugen (Akt der Prävention) und stellt auch dann, wenn es sich um die Ausweisung eines Verbrechers handelt, immer eine einseitige Maßnahme dar, wenn man von der allgemein anerkannten völkerrechtlichen Pflicht des Heimatstaates zur Aufnahme des Ausgewiesenen absieht.<sup>565)</sup>

Die Ausweisung kann jedoch im praktischen Erfolg einer Auslieferung gleichkommen, wenn dem Ausgewiesenen in dem Land, in das er sich bei freiwilliger Befolgung des Ausreisebefehls praktisch nur begeben könnte oder in das eine Ab-



schiebung allein möglich wäre, eine Strafverfolgung oder Strafvollstreckung erwartet. Ob sich solchenfalls unter gewissen Umständen eine völkerrechtliche oder innerstaatliche Schranke des Ausweisungsrechtes ergeben kann, wird unter S.227 bzw. S.258 behandelt.

#### D. Die Ausweisungsverfügung

#### I. Das Völkerrecht

##### 1. Das allgemeine Völkerrecht

##### a. Recht zur Ausweisung

Das allgemeine Völkerrecht gesteht den Staaten die Befugnis zu, fremde Staatsangehörige und Staatenlose<sup>566)</sup> (Ausländer) aus ihrem Staatsgebiet auszuweisen. Es fordert keine innerstaatliche oder sondergesetzliche Regelung der einzelnen Ausweisung oder des Ausweisungsrechts.<sup>567)</sup>

Das Recht zur Ausweisung wird zum Teil aus der unbeschränkten territorialen Souveränität (Gebietshoheit) hergeleitet.<sup>568)</sup>

Zunehmend wird jedoch die Ansicht vertreten, daß das Ausweisungsrecht auf dem Grundrecht der Selbsterhaltung der unabhängigen Staaten beruht.<sup>569)</sup> Letzterer Auffassung wird zu folgen sein. Zwar trifft es, wie anschließend gezeigt werden wird, nicht zu, daß eine Ausweisung nur bei existentieller Gefahr für den Staat verfügt werden darf. Dennoch bringt die sich auf das Grundrecht des Selbsterhaltungsrechts verweisende Auffassung deutlicher als die von der Gebietshoheit ausgehende Meinung zum Ausdruck, daß eine schrankenlose Ausweisung heute nicht mehr für völkerrechtlich zulässig gehalten wird.

Das völkerrechtliche Ausweisungsrecht ist nicht erst einer besonderen vertraglichen Vereinbarung unter den Staaten bedürftig. Es ist bereits vor allen Verträgen vorhanden.<sup>570)</sup>

### b) Voraussetzungen einer rechtmäßigen Ausweisung

Wenn auch allgemein anerkannt ist, daß das Völkerrecht den Staaten im Grundsatz die Befugnis zur Vornahme von Ausweisungen einräumt, so herrscht doch keine Einmütigkeit in der Frage der Anforderungen, welche das Völker-gewohnheitsrecht an eine Ausweisung im einzelnen stellt.

Es gibt in der Völkerrechtsliteratur Stimmen, die zwar nicht einer "grundlosen" Ausweisung das Wort reden, die es aber doch für rechtens halten, daß ein Staat einen Ausländer aus jedem beliebigen Grunde, gleich welcher Art er ist und welcher Bedeutungsgrad ihm zukommt, ausweisen kann.<sup>571)</sup>

Im Gegensatz dazu vertritt die durchaus h.M. die Ansicht, daß die Zulässigkeit einer Ausweisung an qualifiziertere Voraussetzungen geknüpft sein müsse, als eine Abweisung; typisch hierfür I s a y (a.a.O. S. 248): "Die Abweisung greift nicht so tief in die Lebensverhältnisse der von ihr Betroffenen ein wie die Ausweisung. Der im Inland Wohnhafte oder gewerblich Ansässige verliert durch die Ausweisung nicht selten seine Existenz. Der an der Grenze Abgewiesene mag um eine Hoffnung ärmer in seine Heimat zurückkehren, die Vernichtung einer in unserem Lande schon begründeten Lebensmöglichkeit hat er nicht zu beklagen. Darum rechtfertigt es sich, die Abweisung an leichtere Bedingungen zu knüpfen, als die Ausweisung".<sup>572)</sup>

In Verfolg dieser Unterscheidung wird z. B. in der Frage der Massenausweisungen ganz Überwiegend die Auffassung vertreten, daß diese im Gegensatz zur Massenabweisung in Friedenszeiten in jedem Falle völkerrechtswidrig seien und nur in Kriegszeiten legal verfügt werden könnten (falls sie sich auf Staatsangehörige des feindlichen Staates beschränken).<sup>573)</sup>

Dagegen wird es für zulässig gehalten, daß ein Staat auch in Friedenszeiten gewisse "Kategorien", "Klassen" oder "Arten" von Ausländern aus wichtigen Gründen, welche allerdings in der Person jedes einzelnen Ausländers liegen müssen, ausweisen kann; denn wenn es den Staaten erlaubt ist, einzelne Ausländer auszuweisen, so muß ihnen dasselbe bei gleichen Gründen auch gegenüber mehreren Einzelnen gestattet sein. Die Grenze liegt aber dort, wo entsprechend dem Verbot einer Massenausweisung im Frieden durch eine übermäßige Kumulation von Ausweisungen nahezu allen Angehörigen eines anderen Staates der Aufenthalt versagt würde.<sup>574)</sup>

Während also hinsichtlich der Schwere der Gründe eine Abstufung zwischen Ausweisung und Abweisung fast allgemein bejaht wird, ist ungeklärt, ob das allgemeine Völkerrecht darüber hinaus für den niedergelassenen Ausländer noch engere Ausweisungsgründe fordert, als für den Fremden, der sich bisher nur vorübergehend im Staatsgebiet aufhalten hat. Obwohl eine solche Besserstellung des niedergelassenen Fremden nicht nur denkbar wäre, sondern oft auch durch internationale Verträge oder innerstaatliche Gesetze verwirklicht ist, so würde es doch zu weit gehen, wenn man bereits eine entsprechende Völkerrechtsregel annehmen wollte.<sup>575)</sup>

Wenn nun auch feststeht, daß ein Staat nach allgemeinem Völkerrecht eine Ausweisung nicht mit jedem beliebigen Grund rechtfertigen kann, so ergeben sich bei dem Versuch, die möglichen Ausweisungsgründe zu präzisieren, doch erhebliche Schwierigkeiten:

Man hat sich teilweise bemüht, die rechtmäßigen Ausweisungsgründe im einzelnen festzustellen und damit andere Ausweisungsgründe für unzulässig zu erklären.<sup>576)</sup> Diese Versuche einer erschöpfenden Enumeration haben sich jedoch bald als wenig ergiebig erwiesen (Bonfils a.a.O. S. 234 (Anm. 442) "dies ist eine nutzlose Arbeit") da sich immer wieder die Möglichkeit der Entstehung neuer, durch diese Kataloge nicht erfaßter, aber gleichwohl sachgerechter Ausweisungsgründe

ergeben hat. Man hat sich deshalb in der Folge damit begnügt, bestimmte Typen zulässiger Ausweisungsgründe herauszuarbeiten.

So nennt v. M a r t i t z (a.a.O. S. 24 ff.) folgende Gruppen anerkannter Ausweisungsgründe:

1. Formelle, der eigenen Rechtsordnung entnommene Motive, z.B. Nichterfüllung von permanenten oder zeitweilig auferlegten Bedingungen und Formalitäten der Fremdenzulassung,
2. Gründe der Armenpolizei,
3. Gründe der Strafrechtspflege,
4. Sicherheitspolizeiliche Gründe.

V e r d r o s s (a.a.O. S. 372) faßt die anerkannten Ausweisungsgründe wie folgt zusammen:

1. Gefährdung der Sicherheit und Ordnung des Aufenthaltsstaates, z.B. politische Umtriebe, ansteckende Krankheiten, unsittlicher Lebenswandel,
2. Beleidigung des Aufenthaltsstaates,
3. Gefährdung oder Beleidigung anderer Staaten,
4. im Inland oder im Ausland begangene strafbare, Handlungen,
5. wirtschaftliche Schädigung des Aufenthaltsstaates, z.B. Bettelei, Landstreicherei, auch bloße Mittellosigkeit,
6. verbotswidriger Aufenthalt im Inland.

B o r n h a k (a.a.O. S. 109) hält folgende beispielhafte Einteilung für möglich:

1. Gesichtspunkte der Armenpolizei,
2. der Strafrechtspflege,
3. der Sicherheitspolizei und
4. der höheren Politik.

Man ist sich jedoch bei Aufzählung dieser Gruppen rechtmäßiger Ausweisungsgründe über ihren nicht erschöpfenden, nur beispielhaften Charakter im klaren und zieht sich deshalb im Ergebnis auf folgende Generalklausel zurück:

Das Ausweisungsrecht wird nur dann rechtmäßig ausgeübt, "wenn der Ausländer eine aktuelle (gegenwärtige) oder potentielle (künftige) Gefahr für die äußere oder innere Sicherheit oder die öffentliche Ordnung (ordre public) des Aufenthaltsstaates darstellt" (Berber a.a.O. S. 385).<sup>577)</sup> Dabei muß es sich um schwerwiegendere Vorkommnisse handeln, die Wahrscheinlichkeit der Gefährdung der bezeichneten Rechtsgüter muß groß sein.<sup>578)</sup>

Der ausweisende Staat wird als allein zuständig für die Beurteilung der Frage bezeichnet, ob im konkreten Fall die Anwesenheit eines Ausländers ein staatliches Interesse im aufgezeigten Sinn gefährdet oder beeinträchtigt.<sup>579)</sup> Dabei ist allerdings vorausgesetzt, daß diese Entscheidungskompetenz nicht willkürlich gehandhabt werden darf.<sup>580)</sup>

Der Staat muß in seiner Ausweisungsverfügung dem Ausländer eine für seine persönlichen Verhältnisse angemessene Frist zum Verlassen des Staatsgebiets einräumen, insbesondere wenn er sich im Inland niedergelassen hatte.<sup>581)</sup>

Der ausweisende Staat wird zum Zweck der Nachprüfung der Ausweisung auf ihre Rechtmäßigkeit hin nach allgemeinem Völkerrecht für verpflichtet gehalten, dem Heimatstaat des Ausgewiesenen auf sein Verlangen hin die Gründe seiner Maßnahme bekannt zu geben.<sup>582)</sup>

Wenn allerdings diese Pflicht dazu zwingen würde, üblicherweise mit dem Mantel des Geheimnisses versehene Staatsinteressen bekannt zu geben, wird man zwar unter Bedenken, aber wohl unvermeidlich den Staat für berechtigt halten müssen, dem Heimatstaat lediglich mitzuteilen, daß die Maßnahme keinen gegen ihn gerichteten unfreundlichen Akt darstellt, sondern sich lediglich gegen den ausgewiesenen Ausländer wende.<sup>583)</sup> Dagegen verlangt das allgemeine Völkerrecht nicht, daß dem Ausgewiesenen selbst Auskunft gegeben werden müsse.<sup>584)</sup> Dem entspricht es, wenn das Völkerrecht



auch nicht die Forderung erhebt, daß dem Ausländer gegen die Ausweisung innerstaatlicher Gerichtsschutz gewährt werden müsse.<sup>585)</sup>

#### c. Beispiele völkerrechtswidriger Ausweisungen

Alle willkürlichen und rechtsmißbräuchlichen Ausweisungen sind mit dem Völkerrecht nicht vereinbar.<sup>586)</sup> Geringfügige Gesetzesverletzungen oder bloße Taktlosigkeiten reichen nicht aus, um ein Ausweisungsrecht zu begründen. Desweiteren können private Gründe, beispielsweise persönliche Rache oder das Bestreben, eine unliebsame Konkurrenz auszuschalten, eine Ausweisung nicht rechtfertigen.<sup>587)</sup> Desgleichen müßte eine Verfügung als unzulässig bezeichnet werden, wenn mit ihr der Zweck verfolgt würde, den Ausländer an der Wahrung seiner Rechte gegenüber staatlichen Behörden oder an der Inanspruchnahme der Vertretung seines Landes zu hindern oder sonstigen Druck auszuüben.<sup>588)</sup> Es sei auch nochmals auf das auf S.223 erörterte Verbot der Massenausweisung im Frieden hingewiesen.

#### d) Beschränkung des Ausweisungsrechts durch Normen des Auslieferungsrechts

Die Staaten sind einander entsprechend den Bestimmungen der zwischen ihnen geschlossenen Auslieferungsverträge zur Auslieferung verpflichtet. Es wäre ein völkerrechtswidriges Verhalten, würde ein Staat einer im konkreten Einzelfall bestehenden Verpflichtung zur Auslieferung dadurch zu entgehen trachten, daß er einen Ausländer ausweist und ihm so die Wahl des neuen Aufenthaltsortes überläßt oder ihn im Falle seiner Weigerung auszureisen, zwangsweise in ein drittes Land abschiebt, das zur Aufnahme bereit ist.<sup>589)</sup>

Wird ein Ausländer ausgewiesen und in Vollzug dieser Verfügung in ein Land abgeschoben, in dem ihn eine Strafver-

folgung oder -vollstreckung erwartet, so ist die Ausweisung im praktischen Erfolg einer Auslieferung gleich zu erachten (siehe schon S.221ff.). Gegen eine solche Ausweisung werden völkerrechtliche Bedenken insbesondere dann geäußert, wenn es sich um einen politischen Verbrecher handelt.<sup>590)</sup> Jedoch zu Unrecht:

Da auf der Ebene des Völkerrechts (das engere innerstaatliche Recht soll an dieser Stelle noch außer Betracht bleiben) jede Auslieferung eines Fremden rechtmäßig ist (es sei denn, daß ihn eine menschenunwürdige Behandlung erwartet, s. S.52) und dies selbst für den Fall gilt, daß es sich um einen politischen Täter handeln sollte, auf den also ein eventueller Auslieferungsvertrag und die in ihm wie üblich enthaltene Klausel der Nichtauslieferung politischer Verbrecher Anwendung finden könnte (siehe dazu ausführlich S.54 ff.), dies aber eben nur zugunsten des ausliefernden Landes, nicht im Sinne einer Rechtspflicht, so können gegen eine Ausweisung materiellrechtliche völkerrechtliche Bedenken zumindestens dann nicht mit Blick auf das Auslieferungsrecht hergeleitet werden, wenn dem Ausgewiesenen hierdurch nur mittelbar die Strafverfolgung droht.<sup>591)</sup> Die Ausweisung muß aber selbst dann als rechtmäßig bezeichnet werden, wenn sie den Ausländer bewußt einer Strafverfolgung zuführen soll; dem Empfangsstaat kann dieses unkompliziertere Verfahren der Ausweisung nur recht sein und eine völkerrechtliche Pflicht zur Nichtauslieferung steht nicht entgegen.<sup>592)</sup>

Aber selbst, wenn man ein striktes völkerrechtliches Verbot der Auslieferung des polit. Täters entweder dem allgemeinen oder dem vertraglichen Völkerrecht entnehmen zu müssen glaubt, so könnte eine Ausweisung trotzdem dann nicht als völkerrechtswidrig bezeichnet werden, solange ihm Gelegenheit gegeben wird, in ein Land seiner Wahl auszureisen.<sup>593)</sup>

I n n e r s t a a t l i c h e Beschränkungen des Ausweisungsrechts in Hinblick auf das innerstaatliche Auslieferungsrecht sind jedoch möglich und werden auf S.258 fferörtert werden.

#### e) Die Ausweisung als Repressalie oder Retorsion

Die völkerrechtliche R e p r e s s a l i e stellt eine Form des Selbsthilferechts der Staaten dar. Sie ist dadurch gekennzeichnet, daß nach einer durch einen Staat (oder ein anderes Völkerrechtssubjekt) begangenen und noch fortdauernden oder in naher Zukunft erneut drohenden Völkerrechtsverletzung der verletzte Staat (bzw. ein sonstiges verletztes Völkersubjekt) nach fruchtloser Anmahnung befügt ist, sich dem verletzenden Völkerrechtssubjekt gegenüber ebenfalls in einer Weise zu verhalten, die an sich zum Völkerrecht im Widerspruch steht, aber nur auf diese Weise eine Beendigung der vorangegangenen Rechtsverletzung erreicht, die Wiedergutmachung gesichert oder einer Wiederholung des Unrechts entgegengetreten werden kann.<sup>594)</sup> Unter diesen Voraussetzungen kann ein Staat in Ausübung des Repressalienrechts (Identität der verletzenden und der Repressalienmaßnahme wird nicht gefordert) rechtmäßig Ausweisungen vornehmen, welche sonst gemäß den auf S.227 ff. dargestellten Grundsätzen als völkerrechtswidrig bezeichnet werden müßten.<sup>595)</sup>

So sind u.U. selbst im Frieden Massenausweisungen völkerrechtlich zulässig, es sei denn, daß der auch im Repressalienrecht geltende Grundsatz der Proportionalität verletzt ist. Zwar kann die Repressalie nach Art. und Maß strenger sein als die sie auslösende Rechtsverletzung. Dennoch müßte es als ein wiederum völkerrechtswidriger Repressalienexzess betrachtet werden, würde beispielsweise auf eine völkerrechtswidrige Ausweisung von 10 Personen mit der Ausweisung aller Angehörigen des verletzenden Staates reagiert werden.<sup>596)</sup>

Von der Repressalie ist die völkerrechtliche *R e t o r s i o n* zu unterscheiden. Während die Repressalie eine an sich völkerrechtswidrige Reaktion auf völkerrechtswidriges Verhalten eines anderen Staates darstellt, spricht man (nur) von Retorsion, wenn ein unübliches oder unfreundliches, aber doch rechtmäßiges Verhalten eines anderen Staates mit einer ebenso unüblichen oder unbilligen, aber in jedem Falle rechtmäßigen Maßnahme beantwortet wird. Während also im Falle der Repressalie sich Unrecht und Recht gegenüber stehen, wird im Fall der Retorsion auf beiden Seiten rechtmäßig gehandelt.<sup>597)</sup>

#### f. Die Ausweisung Exterritorialer

Auch Exterritoriale können des Landes verwiesen werden, wenn sie sich gesetzwidrig verhalten oder auch nur zur "persona non grata" geworden sind. Ihr besonderer Status umfaßt nicht den Anspruch, auch gegen den Willen des Empfangsstaates in dessen Gebiet zu verweilen.<sup>598)</sup> Jedoch haben sich einige Sonderregeln herausgebildet: wenn die Umstände es irgend zulassen, ist der Empfangsstaat verpflichtet den Absendestaat zunächst um Abberufung des Exterritorialen zu ersuchen.<sup>599)</sup> Wird dem keine Folge geleistet oder ist Gefahr im Verzug, so kann der Exterritoriale unmittelbar unter Zustellung der Pässe aufgefordert werden, das Land innerhalb einer bestimmten Frist zu verlassen. Jedoch ist eine solche Maßnahme vorsichtig zu handhaben, da sie durch den Absendestaat leicht als ein unfreundlicher Akt ausgelegt werden könnte. Unmittelbarer Zwang darf gegen den Exterritorialen nicht angewandt werden.<sup>600)</sup>

#### g. Keine völkerrechtliche Pflicht zur Ausweisung

In einem Teil der Literatur zum Völkerrecht und in der Praxis ist immer wieder die Auffassung vertreten worden, daß sich für einen Staat unter gewissen Umständen das Recht zur Vornahme einer Ausweisung in eine Pflicht verwandeln könne: benützt ein Ausländer den ihm in einem fremden Land gewährten Aufenthalt dazu, die Sicherheit seines Heimatstaates oder eines anderen Staates durch subversive Tätigkeit zu untergraben und gelingt es dem Aufenthaltsstaat nicht diese gefährdenden Handlungen zu unterdrücken oder auf ein ungefährliches Maß zurückzuschrauben, so soll er verpflichtet sein, den Ausländer auszuweisen.<sup>601)</sup>

Dieses Problem kann nicht immer mit der Frage verglichen werden, ob ein Staat nach allg. Völkerrecht verpflichtet ist, einen gemeinen oder politischen Verbrecher auszuliefern, was zu verneinen ist (siehe S 50 ff.), denn während das Auslieferungsbegehren auf die Strafverfolgung oder -vollstreckung hinsichtlich eines angeblichen, in der Vergangenheit liegenden abgeschlossenen gemeinen oder politischen Delikts abzielt, handelt es sich hier um die Abwehr gegenwärtigen oder künftigen, nicht notwendig kriminellen Verhaltens.

Wenn auch nicht bestritten werden kann, daß der Aufenthaltsstaat allgemein gehalten ist, der Bedrohung eines anderen Staates zu begegnen, will er sich nicht Retorsionen oder Repressalien aussetzen,<sup>602)</sup> so muß es ihm doch in jedem Falle vorbehalten bleiben, die geeigneten Mittel hierfür selbst zu bestimmen. Die Annahme, daß sich die allgemeine Pflicht zur Verhinderung verschwörerischen Verhaltens zu einer völkerrechtlichen Pflicht zur Ausweisung "verdichten" könnte, muß als diesen Entscheidungsspielraum eines souveränen Staates zu sehr einengend verneint werden.<sup>603)</sup>



## 2. Völkerrechtliche Verträge und Regierungsvereinbarungen

Die Staaten können ihre nach allgemeinem Völkerrecht doch sehr weitgehende Ausweisungsbefugnis durch bi- oder multilaterale völkerrechtliche Verträge bzw. durch Regierungsvereinbarungen völkerrechtlich verbindlich einschränken.<sup>604)</sup>

Auch die Bundesrepublik Deutschland ist Vertragspartner zahlreicher solcher Abkommen. Während Regierungsvereinbarungen nicht in innerstaatliches Recht transformiert werden und nur mittelbar im Wege von Verwaltungsvorschriften auf die Ermessensspielräume des innerstaatlichen Rechts einwirken können<sup>605)</sup> (was jedoch an ihrer völkerrechtlichen Verbindlichkeit nichts ändert), stellen Niederlassungs-, Handels- und Freundschaftsverträge sowie multilaterale Abkommen durch den Transformationsakt eines Bundes- bzw. Reichsgesetzes auch gleichzeitig innerdeutsches Recht dar. Sie sollen deshalb erst dort ihre eingehendere Erörterung finden (s.S.262 ff).

## II. Innerstaatliches Ausweisungsrecht

### 1. Rechtsquellen

Die oben S.222ff.dargestellten **a l l g e m e i n e n** **R e g e l n** **d e s** **V ö l k e r r e c h t s** betreffend die Ausweisung von Ausländern verbleiben nicht nur im völkerrechtlichen Raum, sondern werden in der Bundesrepublik Deutschland durch Art. 25 GG in innerdeutsches Recht mit Vorrang vor einfachem Gesetzesrecht transformiert.

Dem einfachen Gesetzgeber sind u.a. durch diese allgemeinen Völkerrechtsregeln äußere Grenzen seiner Normierungsbefugnis gezogen. Ein Gesetz, welches die Mindestanforderungen dieser Regeln nicht einhalten würde, wäre nicht nur als völkerrechtswidrig zu bezeichnen, sondern würde in der Bundesrepublik Deutschland als Folge der vorrangigen innerstaat-

lichen Geltung dieser Regeln darüber hinaus der Nichtigkeit anheimfallen.<sup>606)</sup> Es steht aber auf der anderen Seite nichts im Wege, daß ein Staat das ihm nach allgemeinem Völkerrecht zustehende Ausweisungsrecht nicht nur durch völkerrechtliche Verträge (s.S. 262 ff.) sondern auch durch seine eigene Gesetzgebung zugunsten der Ausländer beschränkt.<sup>607)</sup> Das ist in der Bundesrepublik Deutschland durch das Ausländergesetz v. 28.4.1965 (BGBl. I S. 353/ BGBl. III 2600-1) geschehen. Während fremde Staaten aber auf die Einhaltung eines völkerrechtlichen Vertrages pochen können, steht ihnen ein völkerrechtlicher Anspruch auf Einhaltung des innerstaatlichen Gesetzes nicht zu, jedenfalls solange die Mindestanforderungen des allgemeinen Völkerrechts nicht unterschritten werden.<sup>608)</sup> Da das im Ausländergesetz geregelte Ausweisungsrecht - wie sich zeigen wird - voll den allgemeinen Regeln des Völkerrechts gerecht wird, beschränkt sich deren Bedeutung praktisch auf eine **A u f f a n g f u n k t i o n** für Tatbestände, die das Ausländergesetz nicht regelt, wie z.B. die Ausweisung Exterritorialer.

Das **G r u n d g e s e t z** enthält zwar keine positive Bestimmung des Inhalts, daß Ausländer ausgewiesen werden können. Die grundsätzliche Zulässigkeit einer solchen Maßnahme kann jedoch indirekt daraus geschlossen werden, daß das Grundrecht auf Freizügigkeit (Art. 11 GG) nur Deutschen im Sinne des Grundgesetzes verliehen ist, und auch das Grundrecht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit (Art. 2 Abs. 1 GG) und der Gleichheitssatz (Art. 3 GG) einer Ausweisung nicht entgegenstehen (siehe hierzu ausführlich S.18ff. u. 71ff.). Dennoch übt das Grundgesetz erheblichen Einfluß auf das im Ausländergesetz geregelte Ausweisungsrecht aus: Einmal kann das Grundrecht auf Ehe und Familie (Art. 6 Abs. 1 GG)

eine Ausweisung verbieten. Deren Unzulässigkeit kann sich aber auch aus dem Grundrecht auf Asyl des politisch Verfolgten ergeben ( Art. 16 Abs. 2 Satz 2 GG). Im übrigen kann auch das aus dem Rechtsstaatsprinzip abzuleitende Übermaßverbot im Einzelfall eine Ausweisung verbieten. Nicht zuletzt ist auch Ausländern umfassender Gerichtsschutz gegen Verletzungen ihrer Rechtssphäre eingeräumt (Art. 19 Abs. 4 GG).

Die positive Rechtsgrundlage für eine Ausweisungsverfügung findet sich in den §§ 10 ff. des A u s l ä n d e r - g e s e t z e s .

Neben den soeben kurz beschriebenen Einflußnahmen des Grundgesetzes findet das im Ausländergesetz normierte Ausweisungsrecht jedoch auch noch Ergänzungen und weitere Einschränkungen durch eine Vielzahl völkerrechtlicher Verträge und Abkommen, welche durch einfaches Bundesgesetz in innerdeutsches Recht transformiert wurden. Sie genießen zwar ebenso wie das AuslG nur einfachen Gesetzesrang und müssen sich deshalb innerstaatlich sowohl am Grundgesetz als auch an den transformierten allgemeinen Regeln des Völkerrechtes messen lassen (Art. 25 GG). Sie stellen jedoch für ihren Regelungsbereich im Verhältnis zum Ausländergesetz gemäß § 55 Abs. 3 dieses Gesetzes Spezialregelungen dar.

Auch das A u s l i e f e r u n g s g e s e t z vom 23. 12. 1929 (RGBl. I S. 239 i.d.F. v. 12.9.1933) sowie das G e s e t z ü b e r d i e R e c h t s s t e l l u n g h e i m a t l o s e r A u s l ä n d e r im Bundesgebiet vom 25.4.1951 (BGBl. I S. 269) können auf das innerdeutsche Ausweisungsrecht Einfluß nehmen.

## 2. Regelung der Ausweisung durch das Ausländergesetz

### a. Aufbau und Tragweite der gesetzlichen Regelung

Der Gesetzgeber knüpft die Ermächtigung der Verwaltung zum Erlaß einer Ausweisungsverfügung an die Erfüllung eines der in § 10 Abs. 1 AuslG aufgeführten elf Tatbestände. Während die ersten zehn Tatbestände relativ detaillierte Sachverhalte umreißen, handelt es sich im Falle der Nr. 11 um eine ergänzende Generalklausel.<sup>609)</sup>

Ausländern mit Aufenthaltsberechtigung, politisch Verfolgten, heimatlosen Ausländern sowie ausländischen Flüchtlingen räumt der Gesetzgeber durch Verschärfung der Ausweisungsvoraussetzungen eine Sonderstellung ein (vgl. § 11 AuslG). Niederlassungsverträge können die Ausweisungsgründe einschränken (§ 55 Abs. 3 AuslG).

Die in § 10 Abs. 1 AuslG enthaltenen Ausweisungstatbestände (in ihrer eventuellen Verengung durch § 11 AuslG) stellen eine abschließende Regelung dar; aus anderen als den dort genannten Gründen darf ein Ausländer nicht ausgewiesen werden.<sup>610)</sup> Der abschließende Charakter der Regelung ist allerdings durch die in der Nr. 11 des § 10 Abs. 1 AuslG enthaltenen Generalklausel relativiert.

Bei Vorliegen eines oder mehrerer Ausweisungsgründe schreibt der Gesetzgeber jedoch die Ausweisung nicht zwingend vor, sondern stellt sie in das pflichtgemäße Ermessen der Ausländerbehörde. Bei der Beratung des Ausländergesetzes hatte man zwar erwogen, bei einigen Ausweisungstatbeständen der Exekutive die Ausweisung zwingend aufzugeben (BT-Drucks. IV/868; BR, 249. Sitzung v. 26.10.1962 S. 203). Jedoch verblieb es wie schon für das bisherige Aufenthaltsverbot nach der Ausländerpolizeiverordnung v. 22.8.1938 (BGBl. I S. 1053) bei einer Kannvorschrift. Die Ausländerbehörde kann deshalb beim Vorliegen eines Ausweisungstatbestandes nach ihrem Ermessen die Ausweisung anordnen oder von ihr absehen.<sup>611)</sup>

Ist ein Ausländer ausgewiesen worden, so muß er den Geltungsbereich des Gesetzes unverzüglich verlassen (§ 12 Abs. 1 S. 2 AuslG). Eine etwaige Befreiung von dem Erfordernis einer AE entfällt dann (§ 9 Abs. 2 AuslG).

Einem ausgewiesenen Ausländer darf eine AE nicht erteilt werden und seine Wiedereinreise ist bereits an der Grenze zu verhindern (vgl. §§ 15 Abs. 1, 18 Abs. 1 AuslG). Die Ausweisung hat also nach dem Willen des Gesetzgebers, der sich hier allerdings indirekt ausdrückt, das Verbot der Wiedereinreise zur Folge (diese Ausweisungswirkung kann nur durch eine Erlaubnis zum kurzfristigen Aufenthalt durchbrochen werden, § 15 Abs. 2 AuslG). Diese Wirkungen der Ausweisung können allerdings, ebenso wie der Wegfall der Befreiung vom Erfordernis der AE nach pflichtgemäßem Ermessen befristet werden (§§ 15 Abs. 1 S. 2, § 9 Abs. 2 S. 2 AuslG).

#### b. Ausweisung und ihr Verhältnis zu anderen belastenden Maßnahmen des Ausländergesetzes

Die Ausweisung ist die am nachhaltigsten in die aufenthaltsrechtliche Stellung eines Ausländers eingreifende Maßnahme. Ihrer Verfügung kann erst dann näher getreten werden, wenn ein Ausweisungstatbestand nach § 10 Abs. 1 AuslG erfüllt ist.

Die Ausweisung kann unabhängig davon ergehen, ob sich ein Ausländer bisher legal oder illegal in der Bundesrepublik Deutschland aufhält.<sup>612)</sup> Hält er sich illegal auf, so ist er allerdings auch ohne Ausweisung nach § 12 Abs. 1 S. 1 AuslG zum unverzüglichen Verlassen der Bundesrepublik Deutschland verpflichtet. Liegt ein Ausweisungsgrund vor, so kann dennoch die Ausweisung (§ 10 Abs. 1 Nr. 6 AuslG) geboten sein, wenn die dauernde oder befristete Verhinderung seiner Wiedereinreise erreicht werden soll (vgl. § 15 Abs. 1 AuslG). Zwar tritt diese Wirkung auch dann ein, wenn er (ohne Ausweisung) lediglich aufgrund der gesetzlichen Ausreisepflicht im Falle seiner Weigerung abgeschoben worden ist (§ 15 Abs. 1 AuslG). Die zusätzliche Belastung einer



Ausweisung liegt aber darin, daß das (befristete) Verbot einer Aufenthaltserlaubniserteilung auch dann eintritt, wenn er auf die Ausweisung hin nun freiwillig ausreist und eine Abschiebung nicht erforderlich ist (vgl. § 15 Abs. 1 AuslG).

Auch ein Ausländer, der keiner AE bedarf, kann ausgewiesen werden; die Ausweisung ist also nicht immer gleichbedeutend mit Entzug der AE.

Bedarf ein Ausländer einer AE und hat er Antrag auf ihre Erteilung oder Verlängerung gestellt, so ist die zuständige Behörde, wenn Gründe nach § 10 Abs. 1 AuslG vorliegen, grundsätzlich wegen Beeinträchtigung von Belangen der Bundesrepublik Deutschland zur negativen Verbescheidung dieses Antrags verpflichtet (§ 2 Abs. 1 S. 2 AuslG). (Eine Ausnahme kann sich u.U. ergeben, wenn es sich um die Verletzung einer Vorschrift eines in einem Ausweisungstatbestand genannten Normenkomplexes handelt, siehe hierzu S.131 f). Die Behörde kann aber, darüber hinausgehend, über einen solchen Antrag, falls sich der Ausländer im Inland befindet, nach pflichtgemäßem Ermessen negativ auch im Wege einer Ausweisung entscheiden; eine besondere Versagungsverfügung ist dann nicht mehr erforderlich.

Ist ein Ausländer im Besitz einer AE oder einer noch nicht abgelaufenen AE, so kann er, wenn ein Tatbestand nach § 10 Abs. 1 AuslG vorliegt, im Falle der AE nach Maßgabe des § 11 Abs. 1 AuslG dennoch ausgewiesen werden. AE und AE erlöschen, wenn die Ausweisung vollziehbar oder rechtskräftig geworden ist, ohne zusätzliche Aufhebungsverfügung kraft Gesetzes, § 9 Abs. 1 Nr. 4 AuslG. Das Rechtsinstitut der Ausweisung ersetzt als eine Spezialregelung die sonst nach allgemeinem Verwaltungsrecht bestehende Möglichkeit des Widerrufs bzw. der Rücknahme eines begünstigenden Verwaltungsakts (s.S. 200ff). Neben der Ausweisung bedarf es also keines zusätzlichen Aufhebungsaktes.

Die Ausweisungsverfügung schlägt also in ihrer negativen Wirkung auf alle vorangegangenen begünstigenden aufenthaltsrechtlichen Maßnahmen durch.<sup>613)</sup>

Die Ausweisung ist von ihrem Vollzug, der Abschiebung, zu unterscheiden. Durch die Ausweisung soll der weitere Aufenthalt des Ausländers im Inland verhindert werden; sie schreibt ihm hingegen nicht vor, wohin er auszureisen habe. Er kann also auch in einen anderen Staat als in seinen Heimatstaat ausreisen. Erst durch die Abschiebung bestimmt das Aufenthaltsland den Staat, in den er sich zu begeben hat. Ein Ausländer kann nur in seinen Heimatstaat oder in einen Staat abgeschoben werden, der zu seiner Aufnahme bereit ist. Die Abschiebung ist außerdem auch durch § 14 AuslG eingeschränkt (s.S.269ff). Eine Ausweisung kann also bei Vorliegen eines Ausweisungsgrundes auch dann ausgesprochen werden, wenn seiner Abschiebung in ein bestimmtes Land (nicht überhaupt!) Schwierigkeiten rechtlicher Art entgegenstehen sollten. Die Ausweisung kann nämlich immer noch als Grundlage einer eventuell erforderlich werdenden Abschiebung in ein anderes Land dienen. Oft wird aber ein Ausländer, um weiteren Schwierigkeiten zu entgehen, die Bundesrepublik Deutschland doch freiwillig verlassen und in einen Staat ausreisen, der keinen Sichtvermerk verlangt. Die Ausweisung ist also in aller Regel unabhängig von der Durchführbarkeit einer Abschiebung.<sup>614)</sup>

### 3. Ausweisung von Ausländern mit Normalstatus

#### a) Die Ausweisungsgründe des § 10 Abs. 1 AuslG

##### aa) Gefährdung der freiheitlichen demokratischen Grundordnung oder der Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland (Nr. 1)

Der Begriff der "freiheitlichen demokratischen Grundordnung" wird vom Grundgesetz in Art. 18 S. 1, Art. 21 Abs. 2 S. 1 und Art. 91 Abs. 1 einheitlich verwendet.<sup>615)</sup> Es besteht kein sachlicher Grund, ihn im Ausländergesetz anders zu interpretieren, als dies für seine Anwendung im Rahmen der Verfassung geschieht.<sup>616)</sup>

Das Bundesverfassungsgericht (BVerfGE 2,1 (Leitsatz 2), 12 ff.) sieht in der freiheitlichen demokratischen Grundordnung "eine Ordnung, die unter Ausschluß jeglicher Gewalt- und Willkürherrschaft eine rechtsstaatliche Herrschaftsordnung auf der Grundlage der Selbstbestimmung des Volkes, nach dem Willen der jeweiligen Mehrheit und der Freiheit und Gleichheit darstellt. Zu den grundlegenden Prinzipien dieser Ordnung sind mindestens zu rechnen: die Achtung vor den im Grundgesetz konkretisierten Menschenrechten, vor allem vor dem Recht der Persönlichkeit auf Leben und freie Entfaltung, die Volkssouveränität, die Gewaltenteilung, die Verantwortlichkeit der Regierung, die Gesetzmäßigkeit der Verwaltung, die Unabhängigkeit der Gerichte, das Mehrparteienprinzip und die Chancengleichheit für alle politischen Parteien mit dem Recht auf verfassungsmäßige Bildung und Ausübung einer Opposition."<sup>617)</sup>

Der Begriff "Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland" umfaßt sowohl die äußere als auch die innere Sicherheit.<sup>618)</sup> Es genügt, wenn die Sicherheit eines deutschen Landes betroffen ist.<sup>619)</sup>

§ 10 Abs. 1 Nr. 1 AuslG setzt voraus, daß der Ausländer die freiheitliche demokratische Grundordnung bzw. die Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland g e f ä h r d e t. Darunter fällt vor allem ein Verhalten, das sich als Hochverrat, Staatsgefährdung oder Landesverrat darstellt (§§ 81 ff. StGB). Die innere Sicherheit des Staates ist auch dann gefährdet, wenn der Ausländer mehrfach Tatbestände krimineller Delikte oder gemeingefährlicher Verbrechen erfüllt, welche die öffentliche Sicherheit gefährden.<sup>620)</sup> Vergleichbare Vorbereitungshandlungen oder rein politische Verhaltensweisen reichen aber aus, eine Ausweisung zu begründen.<sup>621)</sup> Das Gesetz hält eine Gefährdung der Rechtsgüter für ausreichend, zu einer Störung muß es noch nicht gekommen sein. Entgegen K l o e s e l - C h r i s t (Komm. § 10

Anm. 5) reicht es aber nicht aus, wenn dem Ausländer lediglich die Absicht einer Gefährdung nachgewiesen werden kann, denn die Nr. 1 des § 10 Abs. 1 AuslG verwendet im Gegensatz zu beispielsweise Art. 21 Abs. 2 S. 1 GG nicht die Wendung "... darauf ausgehen... zu gefährden..." (nämlich im Sinne von "beabsichtigen", "planen", "bezwecken"),<sup>622)</sup> sondern setzt eine bereits eingetretene Gefährdung voraus. Man mag dieses Ergebnis für rechtspolitisch bedenklich halten. Es entspricht jedoch allein der derzeitigen Rechtslage.

#### bb. Strafrechtliche Verurteilungen (Nr. 2)

Es kommen nur Verurteilungen wegen Verbrechen oder Vergehen in Betracht. Es ist nicht entscheidend, ob die Tat im Inland oder Ausland begangen wurde (vgl. § 4 StGB). Handelt es sich um ein ausländisches Urteil, so muß es sich auf eine Tat beziehen, die im Inland ein Verbrechen oder Vergehen darstellen würde. Eine Strafaussetzung zur Bewährung steht der Ausweisung an sich nicht entgegen,<sup>623)</sup> kann aber im Rahmen der Ausübung pflichtgemäßen Ermessens Berücksichtigung finden. Ein rechtskräftiges Urteil wird nicht gefordert.<sup>624)</sup>

#### cc. Maßregeln der Sicherung und Besserung (Nr. 3)

Diese Vorschrift kann eine Ausweisung rechtfertigen, wenn gerichtliche Maßnahmen nach §§ 42a ff. StGB und §§ 66 ff. Jugendwohlfahrtsgesetz getroffen worden sind.

#### dd. Verstöße gegen Steuer-, Zoll- und Monopolrecht (Nr. 4)

Eine Ausweisung kann bei Verstoß gegen steuer- und wirtschaftsrechtliche Bestimmungen unabhängig davon verfügt werden, ob die Verhaltensweise strafbar ist oder deswegen eine Verurteilung stattgefunden hat.<sup>625)</sup>

#### ee. Verstöße gegen Berufs- und Gewerberecht (Nr. 5)

Es kommen Verstöße gegen bundes- oder landesrechtliches Berufsordnungsrecht in Betracht. Unter diese Bestimmung fallen auch Berufsordnungen öffentlich rechtlicher Körperschaften.

So kann ein Ausländer ausgewiesen werden, wenn er als Arbeitnehmer tätig wird, ohne im Besitz einer für ihn erforderlichen Arbeitserlaubnis nach § 19 Abs. 1 Arbeitsförderungsgesetz (AFG) zu sein.

Verstöße gegen Pflichten aus einem Arbeits- oder Dienstvertrag fallen nicht unter diese Bestimmung. Wenn der Ausländer aber unter Bruch des Arbeitsvertrages oder nach ordnungsmäßiger Kündigung eine Tätigkeit bei einem anderen Arbeitgeber aufnimmt, jedoch lediglich im Besitz einer nur auf den früheren Betrieb beschränkten Arbeitserlaubnis ist (§ 19 Abs. 1 AFG i.V.m. § 1 Nr. 1 Arbeitserlaubnisverordnung), so kann er ebenfalls ausgewiesen werden.<sup>626)</sup>

Unkenntnis des Ausländers hinsichtlich arbeitsrechtlicher Vorschriften vermag ihn nicht vor einer Ausweisung zu bewahren, da von ihm zu erwarten ist, daß er sich rechtzeitig mit den Vorschriften des Aufenthalts- und Arbeitsrechts vertraut macht.<sup>627)</sup>

#### ff. Verstöße gegen das Aufenthaltsrecht (Nr. 6)

Hierzu gehören die Vorschriften des Ausländergesetzes, aber auch diejenigen der aufgrund dieses Gesetzes erlassenen Rechtsverordnungen (DV, GebV AuslG) sowie das Melderecht<sup>628)</sup> der einzelnen Bundesländer.

Wichtigste Fälle eines Verstoßes gegen das Aufenthaltsrecht sind: Einreise ohne die nach § 5 Abs. 1 Nr. 1 DV erforderliche AE in Form des Sichtvermerks, Aufenthalt ohne erforder-



liche AE, Fehlen eines Passes, Nichtbeachtung von Bedingungen, Auflagen und sonstigen Beschränkungen nach § 7 AuslG, Nichtbeachtung der Ausreisepflicht gemäß § 12 Abs. 1 S. 1 AuslG nach Fristablauf oder Erlöschen der AE aus anderen Gründen, § 9 Abs. 1 Nr. 1 oder 2 AuslG. Ein Verstoß gegen Aufenthaltsvorschriften ist immer gegeben, wenn ein Ausländer einen Tatbestand der §§ 47, 48 AuslG (Straf- und Ordnungswidrigkeitsnormen) erfüllt hat, gleichgültig, ob er bestraft oder gegen ihn ein Bußgeld verhängt worden ist.<sup>629)</sup>

Ein Ausländer kann sich nicht darauf berufen, mit den aufenthaltsrechtlichen Bestimmungen nicht genügend vertraut gewesen zu sein.<sup>630)</sup> Sollte es sich lediglich um Bagatelverstöße handeln, so kann dieser Umstand seine Berücksichtigung im Rahmen der pflichtgemäßen Ermessenausübung finden.

#### gg. Unrichtige Angaben (Nr. 7)

Es ist ein absichtliches Täuschungsmanöver gegenüber einer amtlichen Stelle in der Bundesrepublik Deutschland oder West-Berlin erforderlich. Auch die Verweigerung von Angaben, welche für die Erteilung oder Umgestaltung einer AE von Bedeutung sein können, stellt einen Ausweisungsgrund dar. Dieser Tatbestand beruht auf der Überlegung, daß die Bundesrepublik Deutschland wissen muß, wem sie das Gastrecht einräumt.

Dem Tatbestand der Nr. 7 kommt in der Praxis große Bedeutung zu. Ein Verstoß wird in den meisten Fällen die Ausweisung rechtfertigen, weil wahrheitsgemäße Angaben die Grundlage aller Entscheidungen der Ausländerbehörden bilden.<sup>631)</sup>

#### hh. Asoziales Verhalten (Nr. 8)

Bettelei, Erwerbsunzucht, Landstreicherei und Landfahrrerei stellen Fälle asozialen Verhaltens dar, die den Ausländer ohne weiteres als einen ungebetenen und lästigen Gast abstempeln.

ii. Gefährdung der öffentlichen Gesundheit und Sittlichkeit  
(Nr. 9)

Die öffentliche Gesundheit ist regelmäßig gefährdet, wenn der Ausländer an einer übertragbaren Krankheit im Sinne des Bundesseuchengesetzes v. 18.7.1961 (BGBl. I S. 1012) oder an einer Geschlechtskrankheit im Sinne des Gesetzes zur Bekämpfung der Geschlechtskrankheiten vom 23.7.1953 (BGBl. I S. 700) leidet oder wenn er Ausscheider von Erregern bestimmter Krankheiten ist (vgl. § 3 Abs. 4 BSeuchG) und die Gefährdung einer unbestimmt großen Zahl von Personen im Einzelfall nicht durch besondere Schutzmaßnahmen (vgl. §§ 34 ff. BSeuchG) ausgeschlossen ist.<sup>632)</sup>

Eine Gefährdung der öffentlichen Gesundheit ist also nicht schon allein in der Tatsache der Erkrankung an einem Leiden im Sinne des Bundesseuchengesetzes v. 8.7.1961 (BGBl. III S. 2126-1) zu erblicken,<sup>633)</sup> sondern nur dann zu bejahen, wenn der Ausländer sich angeordneten ärztlichen oder gesundheitspolizeilichen Schutzmaßnahmen nicht fügt.<sup>634)</sup>

Die öffentliche Sittlichkeit ist regelmäßig bei Erfüllung von Straftatbeständen des 13. Abschnittes des StGB gefährdet, ohne daß es auf eine Verurteilung ankäme. Im übrigen hängt die Gefährdung der Sittlichkeit davon ab, welche Wirkungen das Verhalten auf die Allgemeinheit ausüben kann, ob es nach den örtlich bedingten Verhältnissen (Großstadt, Kleinstadt) als sittlich verwerflich anzusehen ist.

kk. Mittellosigkeit (Nr. 10)

Für diesen Ausweisungstatbestand ist es nicht erforderlich, daß der Ausländer durch sein Verschulden in diese Lage geraten ist.<sup>635)</sup> Entscheidend ist allein, daß die Sozialhilfe in Anspruch genommen werden muß, um den Lebensunterh. z. sichern. Der Begriff des "Lebensunterhalts" bestimmt sich nach dem Bundessozialhilfegesetz - BSHG - vom 30.6.1961 (BGBl. I S. 815) i.d.F. vom 18.9.1969 (BGBl. I S. 1688). Es ist zu

unterscheiden zwischen "Hilfe zum Lebensunterhalt" (§§ 11 bis 26 BSHG) und "Hilfe in besonderen Lebenslagen" (§§ 27 bis 75 BSHG). Nur wenn erstere gewährt wird, kann der Ausländer ausgewiesen werden.<sup>636)</sup>

Aus der Tatsache, daß § 120 BSHG Ausländern, solange sie sich im Inland aufhalten, einen Rechtsanspruch auf Hilfe zum Lebensunterhalt gewährt (es sei denn, daß sie sich zu diesem Zweck in die Bundesrepublik Deutschland begeben haben), kann eine Unzulässigkeit der Ausweisung nach § 10 Abs. 1 Nr. 10 AuslG nicht hergeleitet werden. Eine Auslegung des § 120 BSHG dahingehend, daß ein Ausländer, gleich in welcher Lage er sich befindet, so lange zum Aufenthalt in der Bundesrepublik Deutschland berechtigt wäre, bis er alle Möglichkeiten des § 120 BSHG ausgeschöpft hat, würde die ausländerrechtlichen Vorschriften des AuslG gegenstandslos machen. Der Anspruch des § 120 BSHG ist also auf akute Hilfssituationen beschränkt.<sup>637)</sup>

#### 11. Beeinträchtigung erheblicher Belange der Bundesrepublik Deutschland aus anderen Gründen (Nr. 11)

Es handelt sich hier um eine ergänzende Generalklausel, welche Ausweisungen auch in Fällen ermöglichen soll, die nicht gerade unter eine der Nr. 1 - 10 fallen.

Als Ausfluß des Rechtsstaatsprinzips als einer Leitidee des Grundgesetzes<sup>638)</sup> bedarf die Ausweisung als ein den einzelnen Ausländer belastender hoheitlicher Eingriff einer hinreichend klaren gesetzlichen Grundlage, wobei der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit angemessen berücksichtigt sein muß.

Wie schon S.113~~ff~~ erwähnt, wird von einigen Autoren die Meinung vertreten, daß der vom AuslG verwendete Begriff "erhebliche Belange" diesem Klarheitsgebot nicht gerecht würde.<sup>639)</sup> Jedoch zu Unrecht: der Gesetzgeber ist im Interesse der Erhaltung eines dynamischen Rechtslebens grundsätzlich

befugt, sich unbestimmter Rechtsbegriffe zu bedienen.<sup>640)</sup> Allerdings ist er nicht davon befreit eine Vorschrift so zu fassen, daß sie dem rechtsstaatlichem Grundsatz der Normklarheit und Justitiabilität entspricht. Sie muß in ihren Voraussetzungen und in ihrem Inhalt so ausgebildet sein, daß ein von ihr Betroffener die Rechtslage erkennen und sein Verhalten danach einrichten kann.<sup>641)</sup>

Diesen Anforderungen wird § 10 Abs. 1 Nr. 11 AuslG gerecht. Inhalt und Zweck dieser Bestimmung lassen sich ohne größere Schwierigkeiten aus dem Zusammenhang mit den in den Nr. 1 bis 10 des § 10 Abs. 1 AuslG genauer beschriebenen Ausweisungsgründen konkretisieren.<sup>642)</sup>

Danach fallen unter den Begriff "erhebliche Belange der Bundesrepublik Deutschland" Staatsinteressen von besonderer oder überragender Bedeutung, deren Verwirklichung in aller Regel zwingend geboten ist.<sup>643)</sup> Nur durch eine solche einschränkende Auslegung kann die vom Gesetzgeber eindeutig gewollte Abhebung des Begriffs "erhebliche Belange" von dem bloßen Begriff "Belange" in § 2 Abs. 1 S. 2 AuslG erreicht werden.

Unter dem Begriff erhebliche Belange rechnen bei entsprechendem Bedeutungsgrad beispielsweise politische Interessen, insbesondere die guten Beziehungen der Bundesrepublik Deutschland mit anderen Staaten, die Sicherung der Volkswirtschaft, der Schutz von Sicherheit und Ordnung.<sup>644)</sup>

Eine Sachverschiedenheit zu den in Nr. 1 bis 10 aufgeführten Staatsinteressen ist nicht unbedingt erforderlich. So ist es wohl zulässig, einen Ausländer wegen einer noch nicht geklärten strafbaren Handlung oder wegen einer mit Strafe bedrohten, aber unbestraft gebliebenen Handlung aufgrund des Auffangtatbestandes der Nr. 11 auszuweisen, ohne daß eine strafgerichtliche Verurteilung abgewartet werden oder auch nur möglich sein müßte (ohne daß also § 10 Abs. 1 Nr. 2 AuslG erfüllt wäre).<sup>645)</sup>

Die Nr. 11 weist jedoch eine Besonderheit auf: Während in den vorausgegangenen Nr. 1 bis 10 jeweils auf ein bestimmtes Tun oder Unterlassen des Ausländers abgestellt wird, setzt die Nr. 11 ein besonderes persönliches Verhalten des Ausländers nicht voraus. Dadurch eröffnet der Gesetzgeber die Möglichkeit, Ausweisungen auch im Zuge völkerrechtlicher Vergeltung (Repressalie oder Retorsion) oder aus anderen staatspolitischen Gründen zu verfügen.<sup>646)</sup>

Zur Frage, ob aus den Worten "aus anderen Gründen" geschlossen werden kann, daß alle in Nr. 1 bis 10 normierten Verhaltensweisen eine Beeinträchtigung erheblicher Belange darstellt, siehe oben S.122 ff..

#### b. Der Ermessensspielraum

##### aa. Ermessensumfang

Hat ein Ausländer einen oder mehrere Ausweisungstatbestände des § 10 Abs. 1 AuslG erfüllt, so ist die Ausweisung nicht zwingend vorgeschrieben, sondern in das pflichtgemäße Ermessen der Ausländerbehörde gestellt.<sup>647)</sup> Es handelt sich um einen weiten Ermessensspielraum.<sup>648)</sup> Er besteht für jeden einzelnen Ausweisungstatbestand in gleichem Umfang. Einer Auslegung des Gesetzes dahingehend, daß in Hinblick auf eine unbedingte Pflicht zur Wahrung der Belange der Bundesrepublik Deutschland für die Behörden in aller Regel auch die Pflicht bestehe, von der Befugnis zur Ausweisung tats.Gebrauch zu machen,<sup>649)</sup> daß also ein Ermessen nur zur Berücksichtigung besondere Einzelfälle eingeräumt sei, kann nicht beigetreten werden. Ein solches Regel-Ausnahmeverhältnis läßt sich weder dem Wortlaut, noch der Entstehungsgeschichte des Gesetzes entnehmen und würde dem polizei- und ordnungsrechtlichen Charakter einer Ausweisung nicht gerecht werden. Eine Ausweisung, welche also allein darauf gestützt wäre, daß der Ausländer einen Ausweisungstatbestand erfüllt, würde wegen Verkennung des der Verwaltung eingeräumten



Ermessensspielraumes rechtswidrig sein.<sup>650)</sup>

Die Tatsache, daß sich ein Ausländer schon einige Jahre in der Bundesrepublik Deutschland aufhält, kann im Rahmen der Ermessensausübung positiv gewertet werden, bewirkt jedoch noch keine Einschränkung des Ermessens dahingehend, daß eine Ausweisung nur noch bei schwerwiegenden Verstößen zulässig ist.<sup>651)</sup> Dies mag allenfalls bei einem schon jahrzehntelangen Aufenthalt der Fall, möglicherweise sogar durch einen allgemeinen Satz des Völkerrechts geboten sein (Art. 25 GG) (s.S.224 ).

#### bb. Schranken des Ermessens

Die Verwaltung hat sich bei all ihren Entscheidungen von der Wertordnung des Grundgesetzes leiten zu lassen. Sie ist insbesondere gehalten, ihre Ermessensausübung an dieser Ordnung auszurichten.<sup>652)</sup>

#### α) Grundsatz der Verhältnismäßigkeit.

Ein elementarer Grundsatz der Verfassung ist das Rechtsstaatsprinzip. Aus diesem Prinzip ergeben sich als übergreifende Leitregeln allen staatlichen Handelns die mit Verfassungsrang ausgestatteten Grundsätze der Verhältnismäßigkeit und des Übermaßverbots.<sup>653)</sup> Alle Eingriffe in die Freiheitssphäre sind nur dann und insoweit zulässig, als sie zum Schutz öffentlicher Interessen unerlässlich sind. Die gewählten Mittel und der gewollte Zweck müssen in einem vernünftigen Verhältnis zueinander stehen.<sup>654)</sup>

Auch die Ausweisung als Eingriff in die Freiheitssphäre eines Ausländers muß dem Verfassungsgrundsatz der Verhältnismäßigkeit entsprechen.<sup>655)</sup> Der Ermessensspielraum, den § 10 Abs. 1 AuslG eröffnet, läßt dabei genügend Raum, diesem Prinzip im Einzelfall Rechnung zu tragen.<sup>656)</sup>

Eine Ausweisung darf also nicht verfügt werden, wenn Maßnahmen weniger einschneidender Natur ausreichen, Gefahren für die Belange der Bundesrepublik Deutschland auszuschalten.

Dabei ist an einschränkende Maßnahmen nach § 6 Abs. 2 und § 7 AuslG zu denken.

In jedem Einzelfall ist der Zweck im Auge zu behalten, den der Gesetzgeber mit dem Rechtsinstitut der Ausweisung verfolgt. Es handelt sich bei der Ausweisung um eine Maßnahme der polizeilichen Gefahrenabwehr. Mit Hilfe der Ausweisung soll nicht ein bestimmtes menschliches Verhalten geahndet, sondern einer künftigen Störung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung oder einer künftigen Beeinträchtigung sonstiger erheblicher Belange der Bundesrepublik Deutschland vorgebeugt werden.<sup>657)</sup> Die Ausweisung darf nicht als ein Instrument zusätzlicher Bestrafung mißverstanden werden.<sup>658)</sup>

Hat ein Ausländer beispielsweise gegen eine Norm des Aufenthaltsrechts verstoßen (§ 10 Abs. 1 Nr. 6 AuslG), so kann vorbehaltlich anderer Hinderungsgründe eine Ausweisung jedenfalls dann ergehen, wenn Tatsachen vorliegen, die auch für die Zukunft eine Nichtbeachtung des Aufenthaltsrechts erwarten lassen.<sup>659)</sup>

Ist ein Ausländer wegen eines Verbrechens oder Vergehens verurteilt worden (§ 10 Abs. 1 Nr. 2 AuslG), so darf, vorbehaltlich anderer Hinderungsgründe, eine Ausweisung mit Sicherheit dann ergehen, wenn Grund zu der Annahme besteht, daß er auch weiterhin die öffentliche Sicherheit oder Ordnung gefährden wird.<sup>660)</sup>

Fraglich ist, ob ein Ausländer, der wegen eines Verbrechens oder Vergehens verurteilt worden ist oder der gegen das Aufenthaltsrecht verstoßen hat, nur bei ungünstiger Prognose bezüglich seines künftigen Verhaltens ausgewiesen werden kann<sup>661)</sup> oder ob die Ausweisungstatbestände auch den Zweck haben sollen, andere im Geltungsbereich des Ausländergesetzes wohnende Ausländer dazu zu veranlassen, keine Belange der Bundesrepublik Deutschland zu beeinträchtigen (A b s c h r e c k u n g s g e d a n k e). Das Bundesverwaltungsgericht bejaht diese doppelte Zielsetzung des Ausländergesetzes in ständiger Rechtsprechung unter gleich-

zeitiger Bestätigung, daß eine Ausweisung auch dann gerechtfertigt sein kann, wenn sie in bestimmten Fallgruppen (z.B. bei Verkehrsvergehen unter Alkoholeinfluß, Fahren ohne Fahrerlaubnis, Messerstecherei, unerlaubtem Waffenbesitz, Beteiligung am Rauschgifthandel, Sittlichkeitsvergehen) nach der Lebenserfahrung dazu führen kann, daß andere Ausländer sich zur Vermeidung der ihnen sonst drohenden Ausweisung während ihres Aufenthalts im Geltungsbereich des AuslG ordnungsgemäß verhalten.<sup>662)</sup>

Dem ist nur im Ergebnis zuzustimmen. Zunächst kann diese Rechtsauffassung nicht mit der Feststellung begründet werden, daß die Anordnung der Ausweisung keine konkrete Gefahr für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung voraussetze, da sie keine "selbständige polizeiliche Verfügung" im Sinne der Terminologie von D r e w s / W a c k e (Allgemeines Polizeirecht, 7. Aufl. S. 290 ff.) sei (so aber das Bundesverwaltungsgericht, BVerwG E 35, 291 (294)). Denn eine "unselbständige polizeiliche Verfügung" ist nach D r e w s / W a c k e (a.a.O. S. 292) dadurch gekennzeichnet, daß sie sich auf eine Rechtsnorm stützt, die einen Tatbestand unwiderleglich als gefährlich festlegt, mithin die aktuelle polizeiliche Gefahr also schon durch den Rechtsbruch als solchen droht.<sup>663)</sup> Es müßte aber gerade die Absicht des Gesetzgebers bewiesen werden, für bestimmte oder alle Tatbestände des § 10 Abs. 1 AuslG deren Gefährlichkeit so festzulegen, daß die Behörde bei pflichtgemäßer Ermessensausübung den Gegenbeweis des Betroffenen, daß die Gefahr bei ihm "in actu" gar nicht besteht, ignorieren darf. Es ist kaum anzunehmen, daß der Gesetzgeber in dieser Frage Unterschiede zwischen verschiedenen Ausweisungstatbeständen oder im Falle der Nr. 2 zwischen verschiedenen Delikten hat machen wollen.

Es ist aber nicht ersichtlich, daß der Gesetzgeber auch nur für bestimmte Fallgruppen auf eine gesonderte Prüfung, ob gerade durch die Anwesenheit des auszuweisenden Ausländers Belange der Bundesrepublik Deutschland in der Zukunft

konkret gefährdet werden, hat verzichten wollen. Gegen eine solche Absicht spricht auch der Wortlaut der Generalklausel in der Nr. 11 des § 10 Abs. 1 AuslG, wonach ein Ausländer ausgewiesen werden kann, wenn seine Anwesenheit erhebliche Belange der Bundesrepublik Deutschland beeinträchtigt (nicht: beeinträchtigt hat) sowie die Nr. 1 und 9, welche die Ausweisung zulassen, wenn der Ausländer bestimmte Rechtsgüter gefährdet (nicht: gefährdet hat). Wenn andere Tatbestände dies nicht so deutlich zum Ausdruck bringen, so sind hierfür nur sprachliche Gründe maßgeblich.

Es besteht auch kein wirklicher Grund, in den vom Bundesverwaltungsgericht genannten "bestimmten Fallgruppen" vom Erfordernis einer konkreten Gefahr durch den auszuweisenden Ausländer abzuweichen. Es mag zwar sein, daß er nun nicht mehr die Rechtsordnung bedroht, er beeinträchtigt aber nach einer groben Rechtsverletzung nunmehr konkret einen anderen allgemeinen staatlichen Belang: der Staat hat nämlich ein unverzichtbares Interesse daran, seine Rechtsordnung gerade dann, wenn es um den Schutz hochrangiger oder häufig mißachteter Rechtsgüter geht, von seinen ausländischen Gästen respektiert zu wissen. Die Glaubwürdigkeit der Bundesrepublik Deutschland in ihre Fähigkeit und Bereitschaft, diese Rechtsgüter zu verteidigen, würde in den Augen der übrigen Ausländer durch die weitere Anwesenheit eines grob rechtsbrüchigen Ausländers selbst dann konkret gefährdet sein, wenn eine neue Rechtsverletzung durch ihn nicht zu erwarten ist.

Die Ausländerbehörde darf sich jedoch zur Begründung der Erforderlichkeit der Ausweisung eines Ausländers im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung nicht mit der Feststellung einer konkreten künftigen Gefährdung erheblicher Belange

und dem Hinweis begnügen, daß der etwaige Verlust der wirtschaftlichen Existenz die unvermeidliche Folge der Ausweisung sei, welche er ja durch einwandfreies Verhalten hätte vermeiden können. Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz erfordert darüber hinausgehend, daß die Behörde bei der Anwendung der Tatbestände des § 10 Abs. 1 AuslG das durch die betreffende Einzelvorschrift jeweils geschützte Interesse abwägt gegen die privaten Belange des betroffenen Ausländers, d.h. beispielsweise für seine wirtschaftliche, berufliche, persönliche Existenz, insbesondere für die Ehe mit einer deutschen Frau, die ihm nicht in das Ausland folgen will oder kann (darüber näher S 251ff), sowie für andere soziale Bindungen.<sup>665)</sup>

Eine Ausweisung ist deshalb nur dann rechters, wenn die sachgerechte Abwägung ergibt, daß die (erheblichen) Belange der Bundesrepublik Deutschland im Einzelfall schutzwürdiger sind als das private Interesse des Ausländers an seiner weiteren Anwesenheit.

### β) Schutz von Ehe und Familie (Art. 6 Abs. 1 GG und Art. 8 MRK)

#### αα) Art. 6 Abs. 1 GG

Für die Frage, ob ein verheirateter Ausländer ausgewiesen werden kann, spielt Art. 6 Abs. 1 GG eine bedeutsame Rolle.

Dieser Verfassungssatz beinhaltet einmal die Gewährleistung der Ehe und Familie in ihrem Kernbestand (Fundamentalstruktur), enthält also eine Institutsgarantie.<sup>666)</sup>

Art. 6 Abs. 1 GG enthält weiterhin Grundrechtsverbürgungen, welche jedermann - auch einem Ausländer - zustehen und folgendes beinhalten:

Der Staat hat positiv die Aufgabe, Ehe und Familie vor Beeinträchtigungen durch andere Kräfte zu bewahren und durch geeignete Maßnahmen zu fördern; zugleich enthält er das Verbot für den Staat selbst, die Ehe oder Familie zu schädigen



oder sonst zu beeinträchtigen und verleiht insoweit ein Abwehrrecht.<sup>667)</sup>

Art. 6 Abs. 1 GG stellt aber darüber hinausgehend eine wertentscheidende Grundsatznorm dar, d.h. eine verbindliche Wertentscheidung des Verfassungsgebers für den gesamten Bereich des Ehe und Familie betreffenden privaten und öffentlichen Rechts.<sup>668)</sup>

In letzterer Eigenschaft setzt Art. 6 Abs. 1 GG nicht nur einen Maßstab und Grenzen für den einfachen Gesetzgeber, sondern ist auch bei der Auslegung und Anwendung einfachen Rechts zu beachten.<sup>669)</sup> Insbesondere haben die Verwaltungsbehörden ihr Ermessen an dieser Wertentscheidung auszurichten. So auch bei der Entscheidung, ob ein verheirateter Ausländer bei Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen ausgewiesen werden soll.<sup>670)</sup>

Die Ehe mit einem deutschen Staatsangehörigen vermag den ausländischen Ehegatten selbst dann nicht in jedem Falle vor einer Ausweisung zu bewahren, wenn sie durch diese Maßnahme ernsthaft gefährdet oder tatsächlich zerstört würde. Solchenfalls muß nach übereinstimmender Auffassung von Rechtssprechung und Literatur das Interesse des Staates an der Entfernung des Ausländers aus dem Staatsgebiet mit dem besonderen Interesse an der Erhaltung von Ehe und Familie abgewogen werden.<sup>671)</sup> Eine Abwägung ist aber nur dann nötig, wenn durch die beabsichtigte Ausweisung die Ehe oder Familie auch tatsächlich gefährdet würde. Andernfalls kann einer Ausweisung Art. 6 Abs. 1 GG nicht entgegen gehalten werden.

Von einer Gefährdung der Ehe kann mit Sicherheit dann nicht gesprochen werden, wenn sie nur zum Schein geschlossen wurde<sup>672)</sup> oder der deutsche Ehegatte bereit wäre, dem Auszuweisenden in sein Heimatland zu folgen (was allerdings nicht sehr oft vorkommen dürfte)<sup>673)</sup> oder wenn die Ehegatten in Scheidung leben und keiner von beiden an der Ehe festhalten will (die Ehe also nur mehr "auf dem Papier" besteht).

Aber selbst für den Fall einer bisher intakten ausländischen Mischehe und der ausdrücklichen Weigerung des deutschen Ehepartners, dem auszuweisenden Ehegatten ins Ausland zu folgen, nahm man bis in jüngste Zeit nur ausnahmsweise eine wirkliche Gefährdung dieser Ehe an.

Für diese Auffassung möge als Beispiel das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts v. 27.2.1962 (Buchholz 402.20 § 5 APVO Nr. 8) dienen, wonach bei Ehen zwischen Ausländern und Deutschen "in der Regel davon auszugehen sein" wird, "daß die Ehepartner... mit der Verlegung des ehelichen Wohnsitzes ins Ausland von vorneherein rechnen müssen und die Verlegung des ehelichen Wohnsitzes ins Ausland nicht ohne weiteres zu einer Gefährdung für den Bestand der Ehe führt. Von einer Ehefrau kann im allgemeinen erwartet werden, daß sie ihrem ausländischen Ehemann ins Ausland folgt... Eine Gefährdung der Ehe, die den Staat veranlassen müßte, vom Vollzug eines Aufenthaltsverbots abzu- sehen, liegt in den Fällen einer ausländischen Mischehe in der Regel nicht vor. Es müssen besondere Tatsachen hinzukommen, die es dem anderen Ehepartner auch unter Berücksichtigung seiner ehelichen Pflichten unzumutbar machen, dem ausgewiesenen Ausländer ins Ausland zu folgen".

Man glaubte beispielsweise der deutschen Ehefrau eine Nachfolge sogar in ein tropisches Land zumuten zu können, wenigstens solange nicht ihre Tropenuntauglichkeit oder andere wichtige Gründe entgegenstehen.<sup>674)</sup> In keinem Fall jedoch verband man mit der Feststellung der Zumutbarkeit der Nachreise die Rechtsauffassung, daß der Staat etwa berechtigt sei, diese seine Erwartung mit Hilfe der Ausweisung auch der Ehefrau zwangsweise durchzusetzen.<sup>675)</sup> Ein deutscher Staatsangehöriger darf weder ausgewiesen noch abgeschoben werden (siehe S. 3 ff). Man hielt vielmehr im Gefolge der Feststellung der Zumutbarkeit der Nachfolge die ausländische Mischehe jedenfalls nicht durch die Ausweisung des ausländischen Ehepartners, sondern allenfalls, was aber unerheblich sei, durch die unberechtigte Weigerung

der deutschen Ehefrau für gefährdet und schloß deshalb ein Berufen auf Art. 6 Abs. 1 GG, der ein Abwehrrecht nur gegen den Staat verleiht, von vorneherein aus.

An der Rechtssprechung des Bundesverwaltungsgerichts und der Oberverwaltungsgerichte ist in den letzten Jahren zunehmend Kritik geübt worden.<sup>676)</sup> Sie richtet sich nicht gegen eine Abwägung des Interesses des Staates an der Entfernung des Ausländers gegen das besondere Interesse an der Aufrechterhaltung von Ehe und Familie, fordert also nicht ein absolutes Ausweisungsverbot, sondern wendet sich allein gegen die Auffassung, daß aus vorgenannten Gründen das Grundrecht aus Art. 6 Abs. 1 in der Regel überhaupt nicht tangiert werden und es deshalb zu einer Abwägung gar nicht kommen könne. Die Kritik an dieser Rechtsprechung besteht zurecht. Das Bundesverwaltungsgericht hat seine Rechtsauffassung nunmehr auch revidiert.<sup>677)</sup>

Das Grundgesetz gewährleistet in Art. 6 Abs. 1 i.V.m. Art. 3 Abs. 2 den Schutz der Ehe als eine Lebensgemeinschaft gleichberechtigter Partner.<sup>678)</sup> Beide Ehepartner haben das Recht, unter gebotener Rücksicht aufeinander und mit gleichwertigem Willen auch über die Wahl des gemeinsamen Aufenthaltsstaates zu befinden. In einer national gemischten Ehe kann dies sowohl die Heimat der Frau als auch die des Mannes sein.<sup>679)</sup> Auf diese Weise ist ihnen die Möglichkeit eröffnet, in Lebensumständen zu leben, die nach ihrer Auffassung für die Entfaltung ihrer Ehe und Familie am geeignetsten sind.

Eine Ausweisung greift in den Schutzbereich des Art. 6 Abs. 1 GG ein, wenn sie zur Folge hat, daß im konkreten Fall der Zusammenhalt von Ehe und Familie gefährdet ist. Dies wird aber fast immer der Fall sein. Denn in der Bundesrepublik Deutschland wohnende Eheleute, gleichgültig ob der deutsche Ehepartner Mann oder Frau ist, werden in aller Regel an der von ihnen bezüglich des Aufenthaltsstaates getroffenen Entscheidung festhalten wollen, verbinden sich

doch ihre Vorstellungen und Erwartungen über ihre und ihrer Kinder gemeinsame Zukunft in aller Regel gerade mit den ihnen in diesem Land gebotenen beruflichen, wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Möglichkeiten. Nur in den seltensten Fällen werden ihnen die äußeren Lebensumstände gleichgültig sein. Daraus erhellt ohne weiteres, daß die Ausweisung eines Ehegatten diese ihre Vorstellung zunichte macht. Dabei kann es keine Rolle spielen, ob die Eheleute in der Bundesrepublik Deutschland tatsächlich die günstigsten äußeren Voraussetzungen für ihre und ihrer Kinder weitere Existenz vorfinden oder ob nicht vielleicht im Heimatland in Wirklichkeit günstigere Bedingungen gegeben sind. Desgleichen kann es nicht darauf ankommen, ob etwa der deutsche Ehegatte bei einer tatsächlich vorgenommenen Ausweisung seines Ehepartners zivilrechtlich (jedoch nicht erzwingbar) verpflichtet wäre, seinem Ehepartner nachzufolgen (was im übrigen, wollte man eine solche Pflicht nur für die deutsche Ehefrau nicht aber auch für einen Mann annehmen, der in Art. 3 Abs. 2 GG verankerten Gleichberechtigung von Mann und Frau widerspräche). Allein die subjektive Tatsache, daß der deutsche Ehegatte sich entscheiden muß, ob er sein Heimatland aufgeben soll, um an der Ehe und Familie unter anderen äußeren Voraussetzungen festzuhalten oder ob er die dauernde oder zeitweise Trennung der ehelichen und familiären Gemeinschaft hinnehmen soll, drängt ihn in eine Konfliktsituation, die bereits für sich geeignet ist, den Zusammenhalt der Ehe und Familie zu erschüttern. Anderes wäre u.U. nur anzunehmen, wenn der deutsche Ehegatte eine Gefährdung seiner Ehe oder Familie selbst nicht geltend macht, etwa weil er von sich aus bereit ist, mit den Kindern dem ausländischen Ehegatten zu folgen. Aber selbst in solchem Falle wäre eine Gefährdung der Ehe noch nicht völlig ausgeschlossen, da der ausländische Ehepartner geltend machen könnte, daß er in seiner Heimat infolge der dort herrschenden Gegebenheiten keine Chance für eine wirkliche Aufrechterhaltung der Ehe sieht. Es kann, da das Grundrecht aus Art. 6 Abs. 1 GG auch dem ausländischen Ehepartner zusteht, nicht allein auf eine Konfliktsituation für den deutschen Ehegatten ankommen.



Eine Ausweisung greift also in aller Regel in den Schutzbereich des Grundrechts aus Art. 6 Abs. 1 GG ein:<sup>680)</sup>

Im Rahmen des durch § 10 Abs. 1 AuslG eröffneten Ermessensspielraumes ist dann die zuvor schon angesprochene Güter- und Interessenabwägung vorzunehmen und zwar auch dann, wenn der Ausländer und sein Ehegatte bei Eheschließung die Ausweisungsverfügung gekannt haben.<sup>681)</sup>

Dabei wird das Interesse an einer Entfernung des Ausländers aus dem Geltungsbereich des AuslG immer dann zurückzutreten haben, wenn es gegenüber dem Schutzgebot der in Deutschland geführten Ehe nicht schwer wiegt.<sup>682)</sup> Welche Gründe "schwer wiegen", läßt sich nicht ein für allemal festlegen. Jedenfalls ist auch hier auf den präventiven Charakter der Ausweisung abzustellen. Es muß also ein Rechtsgut oder sonstiges Staatsinteresse gefährdet sein, das gegenüber dem Gebot des Ehe- und Familienschutzes als höherrangig eingestuft werden kann.<sup>683)</sup>

Ist die Ehe des Ausländers geschieden, lebt ein Kind aus dieser Ehe in der Bundesrepublik Deutschland und hat der Ausländer das Recht, mit diesem Kinde persönlich zu verkehren, so liegen weiterhin von Art. 6 Abs. 1 GG geschützte Familienbeziehungen zwischen ihm und dem Kinde vor. Auch hier ist eine Abwägung im vorgenannten Sinne erforderlich, wobei jedoch die gesetzliche Möglichkeit zu beachten ist, auch einem ausgewiesenen Ausländer nach § 15 Abs. 2 AuslG die Einreise kurzfristig zu erlauben.

### §§) Art. 8 Menschenrechtskonvention

Art. 8 MRK lautet:

- (1) Jedermann hat Anspruch auf Achtung seines Privat- und Familienlebens, seiner Wohnung und seines Briefverkehrs.
- (2) Der Eingriff einer öffentlichen Behörde in die Ausübung dieses Rechts ist nur statthaft, insoweit dieser Eingriff gesetzlich vorgesehen ist und eine Maßnahme darstellt, die in einer demokratischen Gesellschaft für die nationale Sicherheit, die öffentliche Ruhe und Ordnung, das wirtschaftliche Wohl des Landes, die Verteidigung der Ordnung und zur Verhinderung von strafbaren Handlungen, zum Schutz der Gesundheit und der Moral oder zum Schutz der Rechte und Freiheiten anderer notwendig ist.



Die Europäische Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten v. 4.11.1950 stellt partikulares Völkerrecht dar und ist durch Bundesgesetz v. 7.8.1952 (BGBl. II S. 685, ber. S. 953) in innerdeutsches Recht mit dem Rang einfachen Bundesrechtes transformiert worden.<sup>684)</sup>

Art. 8 MRK kommt angesichts der weiten Auslegung des Art. 6 Abs. 1 GG keine eigenständige Bedeutung zu. Die von Art. 8 MRK geforderten Voraussetzungen für einen Eingriff sind durch § 10 Abs. 1 AuslG in Verbindung mit dem Verfassungsgrundsatz der Verhältnismäßigkeit gewahrt.

8) Schutz vor unmenschlicher Behandlung (Art. 1 Abs. 1 GG, Art. 3 MRK)

Nach Art. 1 Abs. 1 GG ist es Pflicht aller staatlichen Gewalt, die Würde des Menschen zu achten und zu schützen.

Art. 3 der Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (MRK) befindet sich hiermit im Einklang, wenn er bestimmt:

"Niemand darf der Folter oder unmenschlicher oder erniedrigender Strafe oder Behandlung unterworfen werden".

Die Ausweisung als solche kann i.d.R. nicht als unmenschliche Behandlung im Sinne dieser Bestimmung angesehen werden.<sup>685)</sup> Nur wenn im konkreten Fall besondere Umstände vorliegen, könnte die Ausweisung einen unmenschlichen Akt darstellen, beispielsweise, wenn dem Ausländer in seinem Heimatstaat eine nach den in der Bundesrepublik Deutschland herrschenden Anschauungen unmenschlich harte Behandlung droht oder wenn infolge des dort herrschenden Klimas mit einer wesentlichen Verschlechterung seines Gesundheitszustandes gerechnet werden muß.<sup>686)</sup> Da jedoch die Ausweisung dem Ausländer die Wahl überläßt, in welchen Staat er sich begeben will, kann von einer Rechtswidrigkeit bereits der Ausweisung (solange sie nicht durch Abschiebung vollzogen wird), nur dann gesprochen werden, wenn bereits

bei ihrem Erlaß feststeht, daß ihr zwangsweiser Vollzug erforderlich sein und sich ein anderer als der ihn bedrohende Staat zur Übernahme nicht bereit finden wird.<sup>687)</sup>

δ) Ausweisungsbeschränkung durch materiellen Auslieferungs-  
schutz

Die Staaten können ihr völkerrechtliches (trotz vertraglicher Nichtauslieferungsklauseln bestehendes) Recht zur Auslieferung (s. S.54 ff.) innerstaatlich beschränken und dem einzelnen Ausländer ein subjektives Schutzrecht einräumen.

So verbietet § 3 des Deutschen Auslieferungsgesetzes v. 23.12.1929 - DAG - (BGBl. I S. 239) grundsätzlich die Auslieferung eines Ausländers wegen politischer Taten und diesbezüglicher Zusammenhangstaten, welche dieser in einem anderen als dem Aufenthaltsstaat begangen hat. Dieses Verbot entfaltet unmittelbare Schutzwirkung zugunsten der unter diese Vorschriften fallenden Ausländer.<sup>688)</sup>

Die Nichtauslieferungsklauseln der Auslieferungsverträge verleihen dem einzelnen Ausländer ein innerstaatliches Schutzrecht (erst) durch das entsprechende Transformationsgesetz.<sup>689)</sup>

Steht einem Ausländer im konkreten Fall ein materielles Recht auf Nichtauslieferung zu, so darf eine Ausweisung nicht in der Absicht angeordnet werden, das Verbot der Auslieferung zu umgehen.<sup>690)</sup>

Besteht diese Absicht der Ersetzung einer verbotenen Auslieferung nicht und soll aufgrund eines Tatbestandes des § 10 Abs. 1 AuslG ausgewiesen werden, so könnten an der Rechtmäßigkeit dieser Maßnahme Zweifel auftauchen, wenn ihre zwangsweise Vollziehung im Erfolg einer verbotenen Auslieferung gleich käme. Hier muß eine Interessenabwägung

stattfinden. Der Auslieferungsschutz muß zurücktreten, wenn das staatliche Interesse an der Abwehr künftiger Gefahren für Belange der Bundesrepublik Deutschland schwer wiegt.<sup>691)</sup>

Kommt ein Auslieferungsschutz nicht in Betracht, so steht einer Ausweisung nicht im Wege, daß sich als ihre mittelbare Folge eine Bestrafung im Ausland anschließt. Eine Ausweisung soll aber nicht mehr verfügt werden, wenn bereits ein förmliches Auslieferungsverfahren eingeleitet ist.<sup>692)</sup>

Eine Ausweisung darf aber nicht allein zu dem Zweck angeordnet werden, den Ausländer einer Strafverfolgung oder -vollstreckung im Ausland zuzuführen.<sup>693)</sup> Sie hat nicht die Aufgabe, zu ahnden oder durch einen fremden Staat ahnden zu lassen, sondern rein präventive Aufgaben im Interesse des ausweisenden Staates.

### c. Die Vollstreckung der Ausweisung (Abschiebung)

Die Ausweisung beinhaltet das Gebot, das Staatsgebiet unverzüglich zu verlassen und das dauernde oder zeitweise Verbot, es wieder zu betreten (vgl. §§ 12 Abs. 1 S. 2 i.V.m. S. 1; 15 Abs. 1; 18 Abs. 1 des Ausländergesetzes).

Von der Ausweisung zu unterscheiden ist die Abschiebung. Unter Abschiebung versteht man die behördliche Maßnahme, mit welcher die

verpflichtung zum Verlassen des Bundesgebietes  
zwangsweise vollzogen wird.<sup>694)</sup>

Neben der Abschiebung scheiden andere Zwangsmit-  
tel der Verwaltungsvollstreckungsgesetze des  
Bundes und der Länder ( z.B. eine Zwangsgeld -  
androhung ) aus.<sup>695)</sup>

Die Abschiebung erweist sich somit als ein Voll-  
zugsakt, der nicht notwendig eine Ausweisung vor -  
aussetzt, sondern auch dann in Betracht kommt,  
wenn der Ausländer aus anderen Gründen gemäß  
§ 12 Abs. 1 S. 1 AuslG verpflichtet ist, das  
Staatsgebiet zu verlassen (z.B. wegen Nichtbe -  
antragung einer Aufenthaltserlaubnis oder einer  
Ablehnung ihrer Erteilung oder Verlängerung).

Eine Abschiebung setzt in der Regel ihre Andro-  
hung voraus ( § 13 Abs. 1 AuslG). Außerdem ver -  
langt das Gesetz, daß die freiwillige Ausreise  
des Ausländers nicht gesichert ist oder daß  
(trotz bestehender Bereitschaft zur Ausreise),  
Gründe der öffentlichen Sicherheit und Ordnung  
eine Überwachung der Ausreise erforderlich er -  
scheinen lassen ( § 13 Abs. 1 AuslG).

Ist der Ausländer zur Ausreise verpflichtet, weil er ausgewiesen worden ist, so ist eine Abschiebung vor Ablauf der Rechtsmittelfrist oder nach der Einlegung eines Rechtsmittels nur zulässig, wenn die sofortige Vollziehung der Ausweisung gemäß § 80 Abs. 2 Nr. 4 VwGO angeordnet worden ist. Unterbleibt diese Anordnung, so ist die Ausweisung erst vollziehbar, wenn sie unanfechtbar geworden ist (Ablauf der Rechtsmittelfrist bzw. rechtskräftiges Urteil), denn auch einem Ausländer steht in vollem Umfang der Rechtsschutz gegen Rechtsverletzungen durch die öffentliche Gewalt nach Art. 19 Abs. 4 GG zu.<sup>696)</sup> Dieser Schutz würde aber weitgehend illusorisch sein, wenn man vor Ablauf der Rechtsmittelfrist ohne vorherige sofortige Vollziehbarkeitserklärung die Abschiebung für zulässig halten würde.<sup>697)</sup> Dem kann nicht entgegen gehalten werden, daß der durch diese Auslegung für den Ausländer in der "kritischen Phase" zwischen dem Erlaß einer Ausweisungsverfügung und der Einlegung eines Rechtsmittels geschaffene Schutz eben durch die bloße Erklärung der sofortigen Vollziehbarkeit der Ausweisung ohne weiteres umgangen werden könnte. Für die sofortige Vollziehung eines Verwaltungsaktes und deshalb auch für die sofortige Vollziehung einer Ausweisung ist nämlich ein besonderes öffentliches Interesse erforderlich, daß über jenes Interesse hinausgeht, das den VA selbst rechtfertigt. "Es muß die begründete Besorgnis bestehen, die von dem Ausländer ausgehende Gefahr werde sich schon in dem Zeitraum bis zu einer richterlichen Entscheidung über die Rechtmäßigkeit der Ausweisungsverfügung realisieren; der allgemeine Verdacht einer Beeinträchtigung erheblicher Belange der Bundesrepublik Deutschland genügt für die Abschiebung nicht" (BVerfG, B. v. 18.7.1973, NJW 74, 227 (8)).

Die Abschiebung setzt einen Staat voraus, in den der Ausländer abgeschoben werden kann. Das ist in der Regel der Heimatstaat des Ausländers, welcher zur Übernahme nach



allgemeinem Völkerrecht immer verpflichtet ist. Die Bundesrepublik Deutschland hat mit einer Reihe von Staaten Ü b e r n a h m e a b k o m m e n abgeschlossen, welche die Abschiebung und Übernahme von Ausländern erleichtern.<sup>698)</sup>

Kann eine Abschiebung nicht durchgeführt werden, etwa weil kein Staat sich zur Übernahme bereit erklärt oder weil humanitäre Gründe entgegenstehen, so wird die Abschiebung gemäß § 17 AuslG förmlich ausgesetzt (Duldung). Die Duldung läßt aber die Pflicht zur Ausreise unberührt, stellt also keine AE dar. Sind die Gründe, die der Abschiebung entgegenstehen, entfallen, so ist die Duldung zu widerrufen, § 17 Abs. 1 S. 2 AuslG.

Zur Vorbereitung einer Ausweisungsverfügung als Grundlage für eine Abschiebung ist eine Vorbereitungshaft, zur Sicherung der Abschiebung die Abschiebungshaft vorgesehen, § 16 AuslG.

#### 4. Ausweisung von Ausländern mit Sonderstatus

##### a. Einschränkung des Ausweisungsrechts durch Niederlassungsabkommen

N i e d e r l a s s u n g s a b k o m m e n werden in aller Regel durch Bundesgesetz in innerdeutsches Recht mit dem Rang einfachen Bundesrechtes transformiert und binden dann Verwaltung und Rechtsprechung unmittelbar, Art. 20 Abs. 3, 2. Hs. GG. Sie gehen dem AuslG als Spezialregelungen vor (§ 55 Abs. 3 AuslG).

Niederlassungsabkommen schließen das Ausweisungsrecht nicht aus.

Selbst wenn sie keine ausdrücklichen Bestimmungen über die Zulässigkeit einer Ausweisung enthalten sollten, könnte und müßte der Ausweisungsvorbehalt sonstigen einschränken-

den Vertragsformulierungen entnommen werden, so z.B. wenn die Aufenthaltsmöglichkeit der Angehörigen der Vertragspartner daran geknüpft ist, "daß und solange ... sie die auf diesem Gebiet geltenden Gesetze und Verordnungen beobachten" (so Art. 1 des NAK zwischen dem Deutschen Reich und dem Kaiserreich Persien v. 17.2.1929, Gesetz v. 26.7.1930 (RGBl. II S. 1002), zwischen der Bundesrepublik Deutschland und dem Kaiserreich Iran in Kraft gem. Bek. des BM Ausw. v. 15.8.1955 (BGBl. II, S. 829, abgedruckt bei Kloessel-Christ Komm. unter B.6.2.3).

Niederlassungsabkommen enthalten aber fast immer einen Artikel, der die Ausweisung ausdrücklich zuläßt, allerdings nur unter ganz bestimmten Voraussetzungen.<sup>699)</sup> Als Beispiel möge Art. 3 des Europäischen Niederlassungsabkommens v. 13.12.1955 - ENA - (verkündet mit Gesetz v. 30.9.1959, BGBl. II S. 997, in Kraft getreten am 23.2.1965, BGBl. II S. 1099) dienen:

Art. 3 ENA lautet:

1. Die Staatsangehörigen eines Vertragsstaates, die ihren ordnungsmäßigen Aufenthalt im Gebiet eines anderen Vertragsstaates haben, dürfen nur ausgewiesen werden, wenn sie die Sicherheit des Staates gefährden oder gegen die öffentliche Ordnung oder die Sittlichkeit verstoßen.
2. Sofern nicht zwingende Gründe der Sicherheit des Staates es erfordern, dürfen die Staatsangehörigen eines Vertragsstaates, die seit mehr als zwei Jahren ihren ordnungsmäßigen Aufenthalt im Gebiet eines anderen Vertragsstaates haben, nur ausgewiesen werden, wenn ihnen Gelegenheit gegeben worden ist, Gegenvorstellungen zu erheben, ein Rechtsmittel einzulegen und sich zu diesem Zweck von einer Person oder mehreren Personen, die von der zuständigen Behörde besonders bestimmt sind, vertreten zu lassen.
3. Die Staatsangehörigen eines Vertragsstaates, die seit mehr als zehn Jahren ihren ordnungsmäßigen Aufenthalt im Gebiet eines anderen Vertragsstaates haben, dürfen nur aus Gründen der Sicherheit des Staates, oder wenn die übrigen in Absatz 1 aufgeführten Gründe besonders schwerwiegend sind, ausgewiesen werden.

Durch eine solche Ausweisungsklausel werden sowohl die völkerrechtlichen als auch die innerstaatlichen Ausweisungsbefugnisse der Bundesrepublik Deutschland beschränkt.<sup>700)</sup> Eine Ausweisung ist nur mehr bei Vorliegen der gegenüber § 10 Abs. 1 AuslG reduzierten Ausweisungstatbestände zulässig. Hat sich der Ausländer bereits längere Zeit im Bundesgebiet aufgehalten, so tritt nochmals eine Beschränkung der Ausweisungstatbestände ein. Dabei bleibt aber der Erlaß der Ausweisungsverfügung immer noch eine Ermessensentscheidung, in deren Rahmen die oben S.247ff. genannten Ermessensschränken zugunsten des Ausländers berücksichtigt werden müssen.

Die Ausweisungsgründe der Niederlassungsabkommen sind eng auszulegen.<sup>701)</sup> Andernfalls würde bei Begriffen wie "öffentliche Ordnung" oder "Sicherheit des Staates" der beabsichtigte Effekt der Ausweisungseinschränkung wieder verlorengehen.<sup>702)</sup>

**H a n d e l s- u n d F r e u n d s c h a f t s v e r t r ä g e n**  
kommt dagegen eine ausweisungsbeschränkende Wirkung i.d.R. nicht zu, es sei denn, sie würden solches ausdrücklich vorsehen. Insbesondere kann aus einem etwaigen Vorbehalt des Wortlautes "... wenn und solange sie die Gesetze und Polizeiverordnungen befolgen" für sich alleine nicht hergeleitet werden, daß eine Ausweisung nur aus diesem Grunde zulässig sei. Andernfalls würden nämlich die Handelsverträge, was von den Vertragspartnern mit Sicherheit nicht beabsichtigt ist, den Ausländern eine günstigere Rechtsstellung einräumen als die Niederlassungsverträge, welche außer diesem Tatbestand auch noch andere Ausweisungsgründe kennen.<sup>703)</sup> Sie lassen vielmehr das allgemeine völkerrechtliche Ausweisungsrecht unangetastet.<sup>704)</sup> § 10 AuslG ist in vollem Umfang anwendbar.

#### b. Angehörige der Staaten der Europäischen Gemeinschaft

Für die Staaten der Europäischen Gemeinschaft sind zum Zweck u.a. der Einschränkung des Ausweisungsrechts der Mitgliedstaaten folgende Richtlinien ergangen:

1. Richtlinie Nr. 64/220 v. 25.2.1964
2. Richtlinie Nr. 64/221 v. 25.2.1964
3. Richtlinie Nr. 68/360 v. 15.10.1968

Diese Richtlinien stellen im Gegensatz zu den EG-Verordnungen kein unmittelbar geltendes Recht dar, sondern verpflichten die Mitgliedstaaten, die zu ihrer Durchführung erforderlichen Maßnahmen zu treffen (siehe S.35 ff.).

Die Bundesrepublik Deutschland ist dieser Verpflichtung durch Erlass des Gesetzes über Einreise und Aufenthalt von Staatsangehörigen der Mitgliedstaaten der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft -AufenthaltG/EWG-v. 22.7.1969 (BGBl. I S. 27) nachgekommen.

§ 15 AufenthG/EWG regelt das Verhältnis dieses Gesetzes zum Ausländergesetz. Danach findet das Ausländergesetz Anwendung, soweit das AufenthaltsG/EWG keine abweichenden, günstigeren Vorschriften enthält. Neben den Sonderregelungen des AufenthG/EWG sind also daneben die Bestimmungen des Ausländergesetzes auch auf die in § 1 des AufenthaltG/EWG genannten Personen ( siehe S.207f ) anwendbar.

Ein Vergleich des § 12 AufenthG/EWG mit § 10 Abs. 1 AuslG ergibt, daß das Spezialgesetz die Ausweisungstatbestände des AuslG grundsätzlich nicht einschränkt: auch nach § 12 Abs. 1 AufenthG/EWG kann ausgewiesen werden, wenn die Anwesenheit des Ausländers (sonstige) erhebliche Belange der Bundesrepublik Deutschland beeinträchtigt; jedoch bringen die folgenden Absätze Modifikationen.

Nach § 12 Abs. 2 AufenthG/EWG darf eine Ausweisung nicht wirtschaftspolitischen Zwecken dienen.

Abs. 3 läßt eine Ausweisung nur zu, wenn der Ausländer durch sein p e r s ö n l i c h e s Verhalten Anlaß dazu gibt. Man wird davon auszugehen haben, daß hierdurch generalpräventive Ausweisungen (die nach hier vertretener Auffassung infolge der Gefahr des Glaubwürdigkeitsverlustes der Bundesrepublik Deutschland in ihre Bereitschaft, ihre Rechtsordnung zu verteidigen, mindestens auch spezialpräventiver Natur sind (vgl. S.250f)), also zur Abschreckung anderer Ausländer, nicht zulässig sein sollen.<sup>705)</sup>

Im übrigen müssen nach Abs. 4 zu einer strafgerichtlichen Verurteilung noch ein oder mehrere Elemente (etwa die Art des Delikts, Wiederholungsgefahr oder Rückfalltat) hinzukommen, damit eine (spezialpräventive) Ausweisung in Betracht gezogen werden kann. Auch nach § 12 AufenthG/EWG steht die Ausweisung im pflichtgemäßen Ermessen der Ausländerbehörden.

#### c. Ausländer mit Aufenthaltsberechtigung (§ 11 Abs. 1 AuslG)

Ausländer, denen nach § 8 AuslG eine Aufenthaltsberechtigung erteilt worden ist, können nur ausgewiesen werden, wenn die Voraussetzungen des § 10 Abs. 1 Nr. 1 oder Nr. 2 AuslG vorliegen oder die übrigen in § 10 Abs. 1 aufgeführten Gründe schwer wiegen (vgl. § 11 Abs. 1 AuslG).

#### d. Heimatlose Ausländer (§ 23 Abs. 1 S. 1 HAG, § 11 Abs. 2 AuslG)

Heimatlose Ausländer dürfen gemäß § 23 Abs. 1 S. 1 des Gesetzes über die Rechtsstellung heimatloser Ausländer im Bundesgebiet -HAG- v. 25.4.1951 (BGBl. I S. 269) nur aus Gründen der öffentlichen Sicherheit und Ordnung ausgewiesen werden.



Das AuslG vom 28.4.1965 hat zugunsten der heimatlosen Ausländer diesen alleinigen Ausweisungstatbestand nochmals eingeengt, indem § 11 Abs. 2 eine Ausweisungsmöglichkeit nur mehr aus s c h w e r w i e g e n d e n Gründen der öffentlichen Sicherheit und Ordnung eröffnet.

Heimatlose Ausländer müssen nicht notwendig politisch Verfolgte im Sinne des Art. 16 Abs. 2 S. 2 Grundgesetz sein. Nur dann, wenn ein heimatloser Ausländer gleichzeitig auch politisch Verfolgter im Sinne der Verfassung ist, stellt sich die Frage, ob unter diesen Umständen eine Ausweisung mit Blick auf das Asylrecht überhaupt, und wenn ja, unter welchen Voraussetzungen zulässig ist (siehe hierzu unter S.269ff.). Erfüllt ein heimatloser Ausländer die Eigenschaft eines politisch Verfolgten nicht, dann stellt sich für ihn die Verschärfung der Ausweisungsvoraussetzungen nur als freiwilliges Entgegenkommen des einfachen Gesetzgebers, nicht jedoch als eine verfassungsrechtliche Notwendigkeit dar.

e. Ausländer, die als politisch Verfolgte Asylrecht genießen  
(Art. 16 Abs. 2 S. 2 GG, § 11 Abs. 2 AuslG)

aa. Die Regelung des Ausländergesetzes

§ 11 Abs. 2 AuslG bestimmt, daß u.a. auch Ausländer, die als politisch Verfolgte Asylrecht genießen sowie ausländische Flüchtlinge nur aus schwerwiegenden Gründen der öffentlichen Sicherheit und Ordnung ausgewiesen werden können, wenn sie sich rechtmäßig im Geltungsbereich des AuslG aufhalten.

§ 11 Abs. 2 AuslG erfaßt Ausländer, die als politisch Verfolgte gemäß Art. 16 Abs. 2 GG Asylrecht genießen unabhängig davon, ob sie nach § 28 Nr. 2 AuslG als Asylberechtigte anerkannt worden sind. Die Ausländerbehörde hat bei ge-

gegebenem Anlaß von Amts wegen zu prüfen, ob die Voraussetzungen des Art. 16 Abs. 2 S. 2 GG vorliegen. Hat ein Ausländer Antrag auf Anerkennung gestellt, so ist die Entscheidung des Anerkennungsausschusses und deren Unanfechtbarkeit abzuwarten.<sup>706)</sup>

Die zusätzliche Erwähnung der ausländischen Flüchtlinge, also der Flüchtlinge im Sinne von Art. 1 des Abkommens über die Rechtsstellung der Flüchtlinge (Genfer Konvention),<sup>707)</sup> ist an sich entbehrlich, da sie bereits von dem Begriff der politisch Verfolgten im Sinne des Art. 16 Abs. 2 S. 2 GG mit umfaßt werden (siehe S.61f und Anm. 209). Deshalb kann es letzten Endes auch nicht darauf ankommen, ob diese Flüchtlinge bereits nach der vor dem AuslG geltenden AsylVO v. 6.1.1953 (BGBl. I S. 3) oder nach § 28 Nr. 1 AuslG anerkannt worden sind,<sup>708)</sup> zumal § 11 AuslG nach seinem Wortlaut solches nicht voraussetzt. § 11 Abs. 2 AuslG erfaßt auch Ausländer, denen in Drittländern der Status nach der Genfer Konvention eingeräumt worden ist.<sup>709)</sup>

§ 11 Abs. 2 AuslG knüpft die Ausweisungserschwerung an einen rechtmäßigen Aufenthalt. Ob der Aufenthalt rechtmäßig ist, richtet sich nach den für die Aufenthaltnahme geltenden Vorschriften.<sup>710)</sup> Reist ein politisch Verfolgter unter Verstoß gegen formelle Einreisebestimmungen ein (ein Verstoß gegen materielles Einreiserecht kann nicht in Betracht kommen, da Art. 16 Abs. 2 S. 2 GG ihm unmittelbar ein Grundrecht auf Einreise verleiht, siehe S.46ff), so gilt sein Aufenthalt trotzdem als rechtmäßig, wenn er sich baldmöglichst bei einer Grenzbehörde oder einer Ausländerbehörde meldet.<sup>711)</sup>

Die Verfügung einer Ausweisung kann nach der gesetzlichen Regelung nur ins Auge gefaßt werden, wenn dies aus schwerwiegenden Gründen der öffentlichen Sicherheit und Ordnung erforderlich erscheint. Damit geht das Gesetz, was die

Flüchtlinge, denen nach § 44 der Status der Genfer Konvention zukommt anlangt, zu ihren Gunsten über den Art. 32 Nr. 1 GK hinaus, welcher eine Ausweisung schon aus Gründen der öffentlichen Sicherheit oder Ordnung zuläßt, ohne zu verlangen, daß diese schwer wiegen müßten.<sup>712)</sup>

Die Abschiebung eines ausgewiesenen politisch verfolgten Ausländers ist durch § 14 Abs. 1 S. 1 AuslG zunächst eingeschränkt. Nach § 14 Abs. 1 S. 2 AuslG fallen jedoch bei Vorliegen einer Gefahr für die Sicherheit oder die Allgemeinheit unter gewissen Umständen die Schranken der S. 1 wieder fort.

bb. Die Verfassungsmäßigkeit der Ausweisung und Abschiebung politisch Verfolgter (§§ 11 Abs. 2, 14 Abs. 1 S. 2 AuslG)

a) Die Problemstellung

Die Möglichkeit, einen politisch verfolgten Ausländer gemäß § 11 Abs. 2 AuslG auszuweisen und eventuell gemäß § 14 Abs. 1 S. 2 AuslG sogar in den Verfolungsstaat abzuschieben, räumt der Gesetzgeber der Exekutive aus Gründen des Staatsschutzes ein.

Es handelt sich dabei *n i c h t* um den Fall, daß ein Ausländer von Anfang an die Merkmale eines politisch Verfolgten im Sinne von Art. 16 Abs. 2 S. 2 GG nicht erfüllt hatte und nur fälschlicherweise, aus welchen Gründen auch immer, als solcher im Verfahren nach §§ 28 ff. AuslG anerkannt worden war und ebenfalls nicht um die Situation, daß ein anerkannter politisch Verfolgter diese seine Eigenschaft nachträglich, etwa durch einen politischen Umschwung in seinem Heimatstaat, wieder verloren hat. Eine solche Divergenz zwischen materieller Rechtslage und einer (noch) formal bestehenden Anerkennung als Asylberechtigter

wird vom Ausländergesetz selbst gelöst, indem es den Widerruf der Anerkennung vorsieht (§ 37 Abs. 1 AuslG).

Hier geht es aber darum, daß die §§ 11 Abs. 2, 14 Abs. 1 S. 2 AuslG die Ausweisung und eventuell die Abschiebung eines Ausländers zulassen, o b w o h l dieser nach wie vor durch einen anderen Staat verfolgt wird und demnach den Tatbestand des Art. 16 Abs. 2 S. 2 GG weiterhin erfüllt.

Art. 16 Abs. 2 S. 2 GG gewährt dem politisch verfolgten Ausländer ein Grundrecht. Es beinhaltet nach allgemeiner Meinung ein Recht auf Einreise und Aufenthalt in der Bundesrepublik Deutschland und damit das Verbot seiner Zurückweisung, Zurückschiebung, Auslieferung, Ausweisung und Abschiebung.<sup>713)</sup>

Solche Maßnahmen darf die Bundesrepublik Deutschland gegen den politisch Verfolgten nicht in Richtung auf den Verfolgerstaat treffen (ob das GG Ausnahmen im Sinne von § 14 Abs. 1 S. 2 AuslG zuläßt, wird anschließend geprüft werden).

Einig ist man sich weiter dahin, daß es dem Staat verwehrt ist, den Flüchtling an einen d r i t t e n Staat auszuliefern oder ihn dahin nach Ausweisung abzuschieben, wenn nicht ausgeschlossen werden kann, daß dieser ihn in irgendeiner Form dem Verfolgerstaat zuführen wird.<sup>714)</sup>

Art. 16 Abs. 2 S. 2 GG läßt solche Maßnahmen aber auch nicht in Richtung auf solche Drittstaaten zu, bei denen gesichert erscheint, daß er nicht in das Verfolgungsland verbracht wird. (Ob solches in Extremfällen doch zulässig ist, wird ebenfalls anschließend behandelt werden.)<sup>715)</sup> Abgesehen davon, daß eine Ausweisung und Abschiebung in einen Nichtver-

folgerstaat meist schon an der Verweigerung der Übernahme scheitern würde, gewährt Art. 16 Abs. 2 S. 2 GG politisch Verfolgten Zuflucht gerade im Geltungsbereich des Grundgesetzes. Der Asylrechtsbegriff ist raumbezogen.<sup>716)</sup>

Aus diesen Gründen stellen sich nicht nur die Abschiebung eines politisch Verfolgten in den Verfolgerstaat (§ 14 Abs. 1 S. 2 AuslG), sondern auch seine Abschiebung in ein Land, das ihn nicht verfolgen wird, ja sogar schon die bloße Ausweisungsverfügung (§ 11 Abs. 2 AuslG) als Maßnahmen dar, die den Schutzbereich des Grundrechts aus Art. 16 Abs. 2 S. 2 GG betreffen.<sup>717)</sup>

Was das Ausmaß dieses Betroffenseins anlangt, so muß folgen - des festgestellt werden: wie schon erwähnt, gewährleistet Art. 16 Abs. 2 S. 2 GG politisch Verfolgten das Recht auf Einreise und Aufenthalt und zwar bezogen gerade auf das Gebiet der Bundesrepublik Deutschland. Die Ausweisung als das (mittels Abschiebung zwangsweise durchsetzbare) Gebot zum Verlassen der Bundesrepublik Deutschland und als (dauerndes oder zeitweises) Verbot, das Staatsgebiet wieder zu betreten, muß als eine diesem Recht gegenläufige Maßnahme bezeichnet werden, welche die Behörde vielleicht nicht bewußt mit Blickrichtung gerade auf das Asylrecht trifft, aber dennoch in der Sache bewirkt, daß der materielle Inhalt des Asylrechts, eben das Aufenthaltsrecht des betreffenden Ausländers, zum, um es vorerst rechtlich neutral auszudrücken, "Erliegen" gebracht wird. Dabei spielt es keine Rolle, daß nicht schon die Ausweisung, sondern erst deren zwangsweise Vollziehung dem Aufenthalt tatsächlich ein Ende bereitet. Denn die auf § 11 Abs. 2 AuslG gestützte Ausweisungsverfügung ist bereits Ausdruck der vom Gesetzgeber gebilligten Auffassung der Exekutive, daß der politisch Verfolgte nunmehr trotz dieser seiner Eigenschaft kein Aufenthaltsrecht mehr haben soll.



Es handelt sich dabei in der Sache nicht um eine bloße Begrenzung bzw. Teileinschränkung eines in der Substanz in irgendeiner Form weiterhin bestehenbleibenden Asyl- und damit Aufenthaltsrechts, sondern um den gesetzlich gedeckten Willen der Exekutive, daß der betroffene Ausländer sich in der Bundesrepublik Deutschland überhaupt nicht mehr soll aufhalten dürfen, und somit, daß er entweder des Asylrechts verlustig gehen soll oder es bei formaler Innehaltung wenigstens nicht mehr ausüben darf.<sup>718)</sup>

Diese Regelung des AuslG könnte in zweifacher Hinsicht verfassungsrechtlich bedenklich sein:

Angesichts der Tatsache, daß die Verfassung dem Grundrecht auf Asyl in Art. 16 Abs. 2 S. 2 GG keinen sog. speziellen Gesetzesvorbehalt beigefügt hat, können die durch das AuslG vorgesehenen Sanktionen nur dann als mit der Verfassung in Einklang stehend bezeichnet werden, wenn es möglich sein sollte, sie als Konsequenz eventuell dem Asylrecht von vorneherein innewohnender Grenzen und nicht als Grundrechtseingriffe im vorbezeichneten Sinne zu begreifen. Wenn die §§ 11 II, 14 I 2 AuslG mit Art. 16 II 2 GG in Einklang stehen sollten, so müßte aber in verfassungsrechtlicher Hinsicht noch folgendes beachtet werden:

Falls die genannten Sanktionen in ihrem Effekt eine Verwirkung des Grundrechts auf Asyl beinhalten oder einer Verwirkung gleich zu erachten sind, könnte die einfachgesetzliche Regelung unter Umständen schon wegen Verstoßes gegen das sich aus Art. 18 GG ergebende, noch näher zu erläuternde Entscheidungsmonopol des Bundesverfassungsgerichts in Angelegenheiten einer Grundrechtsverwirkung nichtig sein. Sollte es sich allerdings schon als richtig erweisen, daß es, wie von L e r c h e<sup>719)</sup> entgegen dem klaren Wortlaut des Art.

18 GG behauptet wird, dem Bundesverfassungsgericht trotz dieser ausdrücklichen Norm nicht erlaubt ist, eine Verwirkung des Asylrechts auszusprechen, so könnte natürlich erst recht eine einfachgesetzliche Regelung keinen Bestand haben, die den gleichen oder einen ähnlichen Verwirkungseffekt beinhaltet.

ß) Immanente Schranken des Asylrechts (Art. 16 Abs. 2 S. 2 GG)

Für jeden Staat, der politisch Verfolgten Asylrecht gewährt, kann sich das Problem ergeben, was mit einem Ausländer geschehen soll, der die Sicherheit des Zufluchtstaates oder die seiner Bürger gefährdet. Dabei sind drei Lösungsmöglichkeiten denkbar: entweder der politisch Verfolgte darf weiterhin im Zufluchtsstaat bleiben, muß sich aber sämtliche gesetzlich zulässigen Eingriffsmaßnahmen zur Beseitigung oder Eindämmung seiner Gefährlichkeit gefallen lassen, oder er wird ausgewiesen und in einen (aufnahmebereiten) Staat abgeschoben, der ihn nicht verfolgt, oder der Zufluchtsstaat weist ihn aus und entschließt sich dazu, ihn sogar in den Verfolgerstaat abzuschieben, wenn sich ein anderer Staat nicht zur Aufnahme bereit erklären sollte.

Das Ausländergesetz schließt keine dieser drei Möglichkeiten aus: die Ausweisung ist, gleich, um welchen Ausländer es sich handelt und in welchem Ausmaß seine Anwesenheit die Sicherheit des Staates oder seiner Bürger gefährdet, in keinem Fall zwingend vorgeschrieben, sie steht vielmehr im Ermessen der Ausländerbehörden (vgl. § 10 Abs. 1 AuslG). Auf der anderen Seite läßt § 11 Abs. 2 AuslG auch die Ausweisung eines politisch Verfolgten zu, wenn schwerwiegende Gründe der öffentlichen Sicherheit oder Ordnung es erforderlich machen. § 14 Abs. 1 S. 2 AuslG gestattet sogar seine Abschiebung in den Verfolgerstaat, wenn es aus schwerwiegenden Staatssicherheitsgründen erforderlich ist oder wenn die Allgemeinheit nach Begehung eines besonders

schweren Verbrechens, weswegen er rechtskräftig verurteilt wurde, gefährdet erscheint.

Es ist jedoch die Frage, ob der einfache Gesetzgeber in Hinblick auf Art. 16 Abs. 2 S. 2 GG befugt ist, eine solche Regelung zu treffen. Dieser Verfassungsartikel lautet nämlich schlicht:

"Politisch Verfolgte genießen Asylrecht"

und enthält keinen speziellen Gesetzesvorbehalt, der es dem einfachen Gesetzgeber erlauben würde, in den eigentlichen Inhalt des Grundrechts selbst einzugreifen und Schranken für die Wahrnehmung des Grundrechts aufzurichten.<sup>720)</sup> Aber selbst dann, wenn Art. 16 Abs. 2 S. 2 GG einen solchen Vorbehalt enthalten würde, müßte die verfassungsrechtliche Zulässigkeit der Regelungen der §§ 11 Abs. 2, 14 Abs. 1 S. 2 AuslG in Hinblick auf Art. 19 Abs. 2 GG geprüft werden, wonach ein Grundrecht in keinem Fall in seinem Wesensgehalt angetastet werden darf.

Angeichts der Tatsache, daß also Art. 16 Abs. 2 S. 2 GG den politisch Verfolgten nach seinem Wortlaut das Asylrecht unbeschränkt gewährt, läßt sich mit Recht die Frage aufwerfen, ob unter diesen Umständen die einfachgesetzliche Regelung der §§ 11 Abs. 2, 14 Abs. 1 S. 2 AuslG, wonach die Grundsatzsubstanz des Grundrechts auf Asyl, nämlich das Aufenthaltungsrecht gerade in der Bundesrepublik Deutschland völlig beseitigt werden kann, mit der Verfassung in Einklang steht. Das Bundesverfassungsgericht hat, soweit ersichtlich, zu diesem Problem noch nicht Stellung genommen.

Von K i m m i n i c h wird mit allem Nachdruck die Meinung vertreten, daß angesichts des klaren Wortlauts des Art. 16 Abs. 2 S. 2 GG und mangels gegenteiliger Anhaltspunkte in den übrigen Normen der Verfassung dem Asylrecht gewisser-

maßen absoluter Charakter zugesprochen werden muß und deshalb § 14 Abs. 1 S. 2 AuslG, welcher die Abschiebung eines politisch Verfolgten in das Verfolgerland unter bestimmten Voraussetzungen zuläßt, verfassungswidrig und nichtig sei.<sup>721)</sup> Franz geht noch darüber hinaus, indem er bereits die Regelung des § 11 Abs. 2 AuslG, also schon die Ausweisung eines politisch Verfolgten an sich für verfassungswidrig hält.<sup>722)</sup>

Die Rechtsprechung und der weitaus überwiegende Teil der Literatur ist dagegen der Auffassung, daß Art. 16 Abs. 2 S. 2 GG der Ausweisung als solcher und der Abschiebung sogar in den Verfolgerstaat nicht entgegensteht, wenn schwerwiegende Gründe der Staatssicherheit oder des Schutzes der Allgemeinheit solche Maßnahmen erfordern.<sup>723)</sup> Zur Begründung geht man dabei meist davon aus, daß das Grundrecht auf Asyl diesbezüglich bereits in sich Grenzen trage bzw. daß ihm immanente Schranken gesetzt seien.<sup>724)</sup> Andere vertreten die Ansicht, daß das Asylrecht ein Recht sei, das von vornherein nur jenseits der Staatssicherheit bestehe.<sup>725)</sup>

Verwendet man in diesem Zusammenhang die Begriffe "Schranke" oder "Grenze", so müssen sie allerdings in einem weiteren Sinn als sonst üblich verstanden werden. Denn hier würde es, wie schon kurz angesprochen, der Sache nach nicht um die äußeren Schranken eines Grundrechts im Sinne lediglich des Verbots gehen, dieses Recht in einer bestimmten Richtung bzw. in einer bestimmten Art und Weise auszuüben, während es im übrigen weiterhin wahrgenommen werden könnte, sondern es würde sich um die im pflichtgemäßen Ermessen stehende Totalbeseitigung dieses Rechts, zumindestens aber der Befugnis handeln, es auszuüben.<sup>726)</sup>

Immanente Schranken des Asylrechts können nicht von außerhalb des innerstaatlichen Rechts stehenden Rechtsquellen und auch nicht von im Rang unter der Verfassung stehenden

innerstaatlichen Normen an den Asylrechtsgehalt des Art. 16 Abs. 2 S. 2 GG herangetragen werden, sondern müssen sich direkt oder indirekt aus der Verfassung selbst ermitteln lassen. Das schließt jedoch nicht aus, daß die Verfassung von sich aus die Normen anderer Rechtsquellen mit innerstaatlichem Verfassungsrang ausstatten und zur Geltung bringen kann.

Als Quellen solcher in Art. 16 Abs. 2 S. 2 GG selbst unausgesprochen gebliebenen Grenzen des Asylrechts können danach die übrigen Verfassungsnormen, aber auch die allgemeinen Regeln des Völkerrechts in Betracht kommen, da letztere durch Art. 25 GG in innerdeutsches Bundesrecht mit Vorrang vor einfachem Gesetzesrecht transformiert werden.

In der Tat hat die Rechtsprechung und ihr folgend das überwiegende Schrifttum zur Bestimmung der immanenten Grenzen des Asylrechtes, wie es durch Art. 16 Abs. 2 S. 2 GG verbürgt wird, auf das allgemeine Völkerrecht hingewiesen. Dies liegt auch nahe, da sich der Entstehungsgeschichte des Art. 16 Abs. 2 S. 2 GG entnehmen läßt, daß der Entwurf des Asylrechtsartikels (damals noch Art. 4), wie er dem Grundsatzausschuß des Parlamentarischen Rates vorlag, den Wortlaut hatte:

"Politisch Verfolgte genießen Asylrecht im Rahmen des allgemeinen Völkerrechts",

und die Streichung der Worte "im Rahmen des allgemeinen Völkerrechts" in der endgültigen Fassung nicht etwa deshalb vorgenommen wurde, um den Art. 16 Abs. 2 S. 2 GG aus seiner möglichen sachlichen Verbindung mit dem allgemeinen Völkerrecht zu lösen, sondern lediglich in Hinblick auf Art. 25 GG erfolgte, der die allgemeinen Regeln des Völkerrechts ohnehin zum Bestandteil des Bundesrechts erklärt, so daß sich eine eigene Erwähnung in Art. 16 GG erübrigt hat.<sup>727)</sup> Dieser durch Art. 25 erhalten gebliebene Hinweis auf das allgemeine Völkerrecht erfolgte dabei nicht nur zur Kon-



kretisierung des Begriffs der "politischen Verfolgung", sondern wohl gleichermaßen zur näheren Inhaltsbestimmung des Asylrechts.<sup>728)</sup> Durch diese Gegebenheiten eröffnet sich prinzipiell die Möglichkeit der Einwirkung des allgemeinen Völkerrechts auch zur Bestimmung eventueller immanenter Schranken des Asylrechts nach Art. 16 Abs. 2 S. 2 GG.

Nun wurde aber schon dargestellt, daß sich im allgemeinen Völkerrecht keine festen Regeln hinsichtlich des Asylrechts entwickelt haben (siehe S. 50 ff.). Jeder Staat ist befugt, einem verfolgten Ausländer Asyl zu gewähren, ohne daß ihm der Verfolgerstaat deshalb einen Vorwurf machen dürfte. Diesem Recht zur Asylgewährung (unabhängig vom etwaigen Verfolgungsgrund) entspricht aber keine staatliche Pflicht. Ein Staat kann also die Aufnahme eines Verfolgten jederzeit auch ablehnen bzw. ein gewährtes Asyl aus sachgerechtem Grund, also auch aus Gründen des Staatsschutzes wieder entziehen. Wie sich ein Staat entscheiden will, steht nach allgemeinem Völkerrecht in seinem Ermessen. Man könnte eine Asylgewährungspflicht allenfalls dann annehmen, wenn dem Verfolgten im Verfolgerstaat eine unmenschliche Behandlung droht (siehe S. 52ff.). Da dies aber ein Umstand ist, der mit der politischen oder sonstigen Verfolgung keineswegs notwendig verknüpft ist, kann er der völkerechtlichen Zulässigkeit der Versagung und des Entzugs des Asylrechts aus Staatsschutzgründen nicht grundsätzlich entgegenstehen: In keinem Falle ist nach allgemeinem Völkerrecht die Ausweisung und Abschiebung eines politisch Verfolgten in einen Nichtverfolgerstaat ausgeschlossen.

Es kann deshalb vorerst festgestellt werden, daß das allgemeine Völkerrecht den Staaten völlige Entscheidungsfreiheit in der Frage läßt, ob sie ihr innerstaatliches Recht so gestalten wollen, daß der Staatssicherheit Vorrang vor dem Verfolgungsschutz zukommt, oder ob dem einzelnen politisch

Verfolgten das Asylrecht selbst dann verbleiben soll, wenn seine Anwesenheit die Staatssicherheit oder die Sicherheit der Allgemeinheit gefährdet. Dem Völkerrecht kann kein Verbot entnommen werden, das Asylrecht in letzterem Fall fortbestehen zu lassen.<sup>729)</sup>

Für die Ermittlung eventueller immanenter Schranken des in Art. 16 Abs. 2 S. 2 GG nach seinem Wortlaut unbeschränkt verbürgten Asylrechts kann das allgemeine Völkerrecht also keine Grundlage abgeben, weil es dem Zufluchtsstaat hinsichtlich der Frage, was mit einem Flüchtling geschehen soll, der seine oder seiner Bürger Sicherheit gefährdet, freie Hand läßt.<sup>730)</sup>

Im Zusammenhang mit der Suche nach eventuellen immanenten Schranken des Asylrechts des Art. 16 Abs. 2 S. 2 GG wird auch vielfach auf die Art. 32 und 33 der Genfer Konvention über die Rechtsstellung der Flüchtlinge -GK- vom 28.7.1951 (BGBl. 1953 II S. 559 und 1954 II S. 619) verwiesen.<sup>731)</sup>

§ 14 Abs. 1 S. 2 AuslG verweist in einem Klammerzusatz ausdrücklich auf Art. 33 Abs. 2 dieses Abkommens.

Art. 32 Abs. 1 GK hat folgenden Wortlaut:

"Die vertragsschließenden Staaten werden einen Flüchtling, der sich rechtmäßig in ihrem Gebiet befindet, nur aus Gründen der öffentlichen Sicherheit oder Ordnung ausweisen."

Art. 33 GK bestimmt:

Abs. 1: Keiner der vertragsschließenden Staaten wird einen Flüchtling auf irgendeine Weise über die Grenzen von Gebieten ausweisen oder zurückweisen, in denen sein Leben oder seine Freiheit wegen seiner Rasse, Religion, Staatsangehörigkeit, seiner Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Gruppe oder wegen seiner politischen Überzeugung bedroht sein würde.

Abs. 2: Auf die Vergünstigung dieser Vorschrift kann sich jedoch ein Flüchtling nicht berufen, der aus schwerwiegenden Gründen als eine Gefahr für die Sicherheit des Landes anzusehen ist, in dem er sich befindet, oder der eine Gefahr für die Allgemeinheit dieses

Staates bedeutet, weil er wegen eines Verbrechens oder eines besonders schweren Vergehens rechtskräftig verurteilt wurde.

Das Bundesverwaltungsgericht<sup>732)</sup> führt folgendes aus:

"Soweit nach Art. 32 und 33 der Genfer Konvention die vertragsschließenden Staaten sich zur Gewährung von Asyl untereinander verpflichtet haben, soweit muß auch, wenn man dem Sinn des Art. 16 GG gerecht werden will, der vom Grundgesetz gewährleistete Anspruch des Asylsuchenden gehen. Daß dieser Anspruch aber noch darüber hinausreichen sollte, ist mit dem Sinn des Art. 16 GG nicht zu vereinen... Die Art. 32 und 33 der Genfer Konvention enthalten Grundsätze, die sich in der Praxis der zivilisierten Staaten entwickelt haben... In dem Rahmen also, der sich aus Art. 32 und 33 der Genfer Konvention ergibt, können die Behörden dem Asylsuchenden gegenüber das Recht auf Zuflucht im Bundesgebiet einschränken."

Der Leitsatz dieser Entscheidung lautet dementsprechend:

"Ein Asylberechtigter kann unter denselben Voraussetzungen und in demselben beschränkten Umfang des Landes verwiesen werden wie ein politischer Flüchtling nach Art. 32 und 33 der Genfer Konvention."

Gegen die Heranziehung der Konvention zur Schrankenbestimmung des Art. 16 Abs. 2 S. 2 GG könnte eingewendet werden, daß es sich bei diesem Abkommen nur um Völkervertragsrecht handle, das durch einfaches Bundesgesetz in innerdeutsches Recht mit nur gleichem Rang transformiert worden sei, daß das Abkommen aber bei solcher Sachlage nicht als Rechtsgrundlage für die Schrankenbestimmung eines Grundrechts Verwendung finden könne. Zudem müsse es bedenklich erscheinen, das grundgesetzliche Asylrecht mit erst nach Inkrafttreten des Grundgesetzes zustande gekommenen Normen auszudeuten.<sup>733)</sup>

Beide Einwände können jedoch durch den Hinweis entkräftet werden, daß Art. 32 und 33 der Genfer Konvention allgemeines Völkerrecht wiedergeben:

Wenn nämlich schon die zahlreichen Vertragsstaaten der GK, deren Bestreben es ganz offensichtlich war und ist, den Rechtsstatus der Flüchtlinge zu verbessern, eine Ausweisung und Abschiebung sogar in den Verfolgerstaat aus den in Art. 32 und 33 GK genannten Gründen der Staatssicherheit und des Schutzes der Allgemeinheit erlauben, so erkennen die Zulässigkeit solcher Maßnahmen erst recht alle diejenigen Staaten an, die der Konvention bisher nicht beigetreten sind.<sup>7)</sup> Man geht deshalb zurecht davon aus, daß die Art. 32 und 33 der GK allgemeines Völkerrecht darstellen.<sup>735)</sup>

Dies erkennt auch K i m m i n i c h an,<sup>736)</sup> obwohl er sich dennoch aus noch zu erläuternden Gründen gegen die Heranziehung dieser Normen zur Schrankenbestimmung des Art. 16 Abs. 2 S. 2 GG ausspricht.

Es kann ihm allerdings insofern nicht zugestimmt werden, als er ausführt, daß diese Regeln erst durch Art. 32 und 33 GK allgemeines Völkerrecht geworden seien.<sup>737)</sup>

Die durch die Genfer Konvention geschaffene Neuerung besteht vielmehr allein darin, daß die Vertragsstaaten (aber auch nur diese!) nach ihrem Beitritt zu dem Vertragswerk einen Flüchtling nicht mehr aus allen Gründen ausweisen und abschieben dürfen, sondern eben nur noch bei Vorliegen der in Art. 32 und 33 Genfer Konvention genannten Voraussetzungen, während für alle übrigen Staaten diese Beschränkung nach wie vor nicht besteht. Der Beschränkungseffekt für Vertragsstaaten hindert jedoch nicht, die Konventionsbestimmungen, soweit sie sich mit der Ausweisung befassen, gleichwohl als allgemeine Regeln des Völkerrechts anzusehen: sie stellen für Nichtvertragsstaaten, was die möglichen Gründe einer Ausweisung und Abschiebung anlangt, allerdings nur einen Ausschnitt der ihnen nach allgemeinem Völkerrecht verliehenen Ausweisungs- und Abschiebungsbefugnisse dar, während sie für die Vertragsstaaten die alleinige völkerrechtliche Eingriffsnorm bilden. Die Art. 32 und 33

der Genfer Konvention sprechen also, abgesehen von ihrer Funktion als alleinige Eingriffsgrundlage für Vertragsstaaten, in der Sache lediglich aus, was im VR schon immer gegolten hat.

Die Bestimmungen der Art. 32 und 33 der Genfer Konvention entsprechen aber auch insofern dem allgemeinen Völkerrecht, als sie die Vertragsstaaten bei Vorliegen der Ausweisungs- und Abschiebungsvoraussetzungen keineswegs verpflichten, diese Maßnahmen auch tatsächlich gegen den Flüchtling zu ergreifen. Von einem Vorrang der Sicherheit des Zufluchtsstaates und der Gemeinschaft seiner Bürger vor dem Asylbedürfnis des diese Sicherheit bedrohenden politisch Verfolgten im Sinne eines völkerrechtlichen Verbots zur weiteren Asylgewährung kann nicht gesprochen werden.<sup>738)</sup> Auch die Signatarstaaten der Genfer Konvention sind deshalb völkerrechtlich frei, ob sie von der Ausweisungs- und Abschiebungsbefugnis Gebrauch machen wollen oder nicht.<sup>739)</sup>

Somit verhält sich das V ö l k e r r e c h t in Hinblick auf eine Lösung des Interessenkonflikts zwischen Staatsschutz und Asylschutz völlig i n d i f f e r e n t: sowohl der absolute Vorrang des Staatsschutzes als auch derjenige des Asylschutzes, aber auch eine Abwägung zwischen beiden Interessengegensätzen läßt sich innerstaatlich normieren, ohne daß ein Völkerrechtsverstoß möglich wäre.

Nun wird von K i m m i n i c h die Ansicht vertreten, daß sich aus dem nicht mit einer Einschränkung versehenen Art. 16 Abs. 2 S. 2 GG ergäbe, daß der Grundgesetzgeber von den ihm durch das allgemeine Völkerrecht eingeräumten Möglichkeiten im Sinne der Statuierung eines absoluten Vorrangs des Asylrechts vor Staatsschutzinteressen Gebrauch gemacht hat. Denn "das allgemeine Völkerrecht verpflichtet die Staaten nicht, dem verfassungsrechtlichen Asylrecht eine



Grenze in der Weise zu ziehen, daß es bei einer ernstlichen Gefährdung der Staatssicherheit automatisch erlischt."<sup>740)</sup>  
K i m m i n i c h vertritt also mit anderen Worten die Auffassung, daß das allgemeine und partikulare Völkerrecht mangels einer eindeutigen Vorrangregelung nicht geeignet ist, zur Bestimmung einer eventuellen immanenten Schranke des Asylrechts des Art. 16 II S. 2 GG im Sinne eines absoluten Vorrangs des Staatsschutzes herangezogen zu werden.

Diese Argumentation weist jedoch eine Lücke auf. Es ist nämlich keineswegs sicher, daß eine eventuelle immanente Schranke des Grundrechts auf Asyl nur in der Form gedacht werden könnte, daß das Asylrecht automatisch zu erlöschen habe, wenn die Anwesenheit des politisch Verfolgten die Sicherheit von Staat oder Allgemeinheit gefährdet. Denkbar und zudem für den Grundrechtsinhaber weniger einschneidend wäre vielmehr auch eine gewissermaßen "flexible" immanente Asylrechtsschranke, wonach das Grundrecht auf Asyl, erst dann erlischt bzw. nicht mehr ausgeübt werden kann, wenn eine Abwägung zwischen dem Interesse am Asylschutz und dem Interesse am Staatschutz ergeben hat, daß im konkreten Einzelfall dem Staatschutz Vorrang gebührt. Angesichts der dem Wortlaut nach schrankenlosen Asylgewährung durch Art. 16 Abs. 2 S. 2 GG müßte sich allerdings auch eine solche "flexible" immanente Grundrechtsschranke erst nachweisen lassen.

Würde man sich die Argumentation K i m m i n i c h s auch in diesem Fall zu eigen machen, so könnte man allerdings wiederum geltend machen, daß das allgemeine Völkerrecht für den Zufluchtsstaat nicht nur kein Gebot des absoluten Vorrangs des Staatsschutzes, sondern auch keine

Norm enthält, welche wenigstens eine Abwägung zwischen Asylschutz und Staatsschutz vorschreiben würde, so daß also der Staat durch sein innerstaatliches Recht solches zwar vorschreiben könnte, aber nicht müßte. Art. 16 Abs. 2 S. 2 GG lasse aber erkennen, daß das Asylrecht ohne Wenn und Aber gewährt werden solle.

Eine solche Betrachtungsweise würde aber außer acht lassen, daß der Grundgesetzgeber den Wortlaut des Art. 16 Abs. 2 S. 2 GG nur deshalb nicht durch die Worte "im Rahmen des allgemeinen Völkerrechts" ergänzt hat, weil er es in Hinblick auf Art. 25 GG für überflüssig hielt (s.o.S.276ff.). Es ist deshalb davon auszugehen, daß der Verfassungsgeber dem allgemeinen Völkerrecht über Art. 25 GG hinsichtlich des grundgesetzlichen Asylrechts eine Rahmenfunktion zugeordnet hat. Nun läßt sich zwar dem allgemeinen Völkerrecht, wie zuvor erörtert, eine eigentliche Begrenzung des Asylrechts weder im Sinne eines absoluten Vorrangs der Staatsschutzinteressen noch im Sinne einer Notwendigkeit zur Abwägung zwischen diesem Interesse und dem Verfolgungsschutz entnehmen. Das Völkerrecht legt sich in dieser Frage nicht fest. Daraus aber den Schluß zu ziehen, daß sich der Verfassungsgeber also in seiner Einschätzung des allgemeinen Völkerrechts als einer dem Asylrecht Schranken ziehenden Rechtsquelle ("im Rahmen") getäuscht habe, wäre wohl verfehlt.

Einmal schon würde es schwer fallen, den Verfassern des Grundgesetzes zu unterstellen, sie könnten sich über die Tragweite des Völkerrechts nicht im klaren gewesen sein. Zum anderen kann dem Hinweis des Grundgesetzgebers auf das allgemeine Völkerrecht (Art. 25 GG) sehr wohl eine das Asylrecht des Art. 16 Abs. 2 S. 2 GG begrenzende Wirkung im Sinne der Statuierung einer immanenten Schranke zugemessen werden.<sup>741)</sup> Zwar ist das allgemeine Völkerrecht

nicht in der Lage, das Asylrecht unmittelbar durch eigene Rechtsnormen zu begrenzen, denn es enthält, wie dargelegt, keine solchen festen Regeln. Jedoch kann nicht unbeachtet bleiben, daß sich das Völkerrecht hinsichtlich des Asylrechts immerhin in der Weise äußert, daß es im E r m e s s e n der innerstaatlichen Rechtssetzung stehen soll, ob und wenn ja, unter welchen Umständen das Staatsschutzinteresse in der Lage ist, das Asylrecht zum Erlöschen zu bringen. Diese Aussage kann für Art. 16 Abs. 2 S. 2 GG nicht unbeachtet bleiben.<sup>742)</sup>

Die Rückverweisung des allgemeinen Völkerrechts auf das innerstaatliche Recht läßt jedoch die ursprüngliche Verweisung des Grundgesetzgebers auf das allgemeine Völkerrecht nicht als überflüssigen Umweg erscheinen. Die Verweisung des Grundgesetzgebers auf das durch Art. 25 GG in innerstaatliches Recht mit Vorrang vor einfachem Gesetzesrecht verwandelte allgemeine Völkerrecht bewirkt nämlich die eigentliche "Öffnung" des Grundrechts auf Asyl zur Heranführung immanenter Schranken auch durch den einfachen Gesetzgeber. Dieser ist natürlich in der Schrankenbestimmung nicht völlig frei, sondern an die diesbezüglichen Vorstellungen des Grundgesetzgebers und an die Wertordnung des Grundgesetzes gebunden.

Insofern wird man hinsichtlich der dem einfachen Gesetzgeber sonach eingeräumten Befugnis zur eigentlichen Aktualisierung immanenter Asylrechtsschranken sagen müssen, daß der Grundgesetzgeber nicht gewollt haben kann, daß der einfache Gesetzgeber die ihm nach dem allgemeinen Völkerrecht gegebenen drei Möglichkeiten zur Behandlung eines Konflikts zwischen Asylschutz und Staatsschutz dahingehend gebraucht, daß er ein absolutes Asylrecht statuiert. Vielmehr ist es nach seiner Grundanschauung ("... Asylrecht im R a h m e n des allgemeinen Völkerrechts"; Sperrung durch Verf.) naheliegend, daß der einfache Gesetzgeber von seiner

Befugnis im Sinne einer Schrankensetzung Gebrauch macht. Die Frage kann also nur sein, ob er nur eine Güterabwägung zwischen den geschützten Rechtsinteressen des Flüchtlings und dem berechtigten Sicherheitsinteresse der Bundesrepublik Deutschland vorsehen darf oder ob er sogar einen absoluten Vorrang der staatlichen Sicherheitsinteressen vor dem Schutzbedürfnis des Verfolgten festlegen kann. In Hinblick auf die sich aus dem Rechtsstaatsprinzip ableitenden verfassungskräftigen Grundsätze der Verhältnismäßigkeit und Erforderlichkeit<sup>743)</sup> wird man nur erstere Gestaltung für zulässig halten können.

In diesem Zusammenhang könnte man den Hinweis des Grundgesetzgebers auf das allgemeine Völkerrecht auch noch dahingehend interpretieren, daß der einfache Gesetzgeber das Asylrecht nach Art. 16 Abs. 2 S. 2 GG so ausgestalten soll, wie die Mehrzahl der übrigen Staaten von dem weiten Spielraum, den das allgemeine Völkerrecht in dieser Frage einräumt, in der Praxis Gebrauch gemacht hat. Sehr viele Staaten begrenzen aber die Asylgewährung entsprechend den Artikeln 32 und 33 der Genfer Konvention, lassen also mindestens eine Güterabwägung zu. Man kann deshalb die Genfer Konvention der Sache nach tatsächlich als Anhaltspunkt für die Ausgestaltung einer immanenten Schranke des Asylrechts des Art. 16 Abs. 2 S. 2 GG heranziehen.<sup>744)</sup> Unter Beachtung beider Gesichtspunkte wird man deshalb wohl sagen können, das die Regelungen der §§ 11 Abs. 2, 14 Abs. 1 AuslG nicht gegen Art. 16 Abs. 2 Satz 2 GG verstoßen.<sup>745)</sup>

In jedem Fall ist jedoch Art. 1 Abs. 1 GG zu beachten, wonach auch eine Ausweisung und eine Abschiebung im konkreten Fall nicht gegen die Menschenwürde verstoßen darf.

§§ 11 Abs. 2, 14 Abs. 1 AuslG könnten aber immer noch gegen Art. 18 GG verstoßen, wenn sie das Entscheidungsmonopol

des Bundesverfassungsgerichtes bezüglich einer Asylrechtsverwirkung antasten sollten.

§) Ausweisung und Abschiebung und ihr Verhältnis zur Verwirkung des Asylrechts nach Art. 18 GG

Zunächst soll der wesentliche materiellrechtliche Gehalt dieser für die Rechtsstellung der politisch Verfolgten auch in aufenthaltsrechtlicher Hinsicht bedeutsamen Verfassungsnorm dargestellt werden, zumal sich für den Fall, daß diese verfassungsrechtliche Regelung Sperrwirkung zulasten des einfachen Gesetzgebers enthalten sollte, hieraus auch die Grenzen eines solchen Sperrbereiches ergeben. Im Anschluß daran soll die These *L e r c h e s*<sup>746)</sup> von der Unverwirkbarkeit des Asylrechts überprüft werden. Zuletzt werden die Auswirkungen einer eventuellen Sperrfunktion des Art. 18 GG untersucht.

Art. 18 GG ist Ausdruck des bewußten verfassungspolitischen Willens zur Lösung des Grenzproblems der freiheitlichen demokratischen Staatsordnung. Das Grundgesetz läßt danach die gegen die freiheitlich demokratische Grundordnung gerichteten politischen Meinungsäußerungen nur soweit zu, als sie dabei nicht selbst gefährdet wird.<sup>747)</sup> Möglicher Feind der Grundrechte ist nicht nur der Staat. Sie sind auch bedroht von Personen, die sich auf sie berufen und sie ausnützen, um mit ihrer Hilfe den Kampf gegen sie zu führen.

Mit dieser Erkenntnis wird jeder freiheitliche, demokratische Staat vor eine kritische Entscheidung gestellt. Er kann nämlich nicht freiheitlich und nicht demokratisch sein gegenüber politischen Kräften, die es selbst nicht sind (Maunz, Deutsches Staatsrecht, § 17 II 1a).<sup>748)</sup> Art. 18 GG verwirklicht im gewissen Umfang den der Weimarer Reichsverfassung noch unbekannten verfassungspolitischen Gedanken



des unbedingten Willens zur Selbsterhaltung und Selbstverteidigung der freiheitlichen Demokratie gegenüber ihren Feinden.<sup>749)</sup>

Art. 18 GG wendet sich gegen Deutsche und Ausländer. Nur was die Verwirkung des Asylrechts angeht, gilt diese Norm lediglich gegenüber Nichtdeutschen.<sup>750)</sup>

Die Verwirkung des in diesem Zusammenhang allein interessierenden Grundrechts auf Asyl setzt nach S. 1 des Art. 18 GG voraus, daß der politisch Verfolgte dieses Recht zum Kampf gegen die freiheitliche, demokratische Grundordnung mißbraucht.

Der Begriff der "freiheitlichen, demokratischen Grundordnung" ist im Rahmen des Art. 18 GG im gleichen Sinn auszulegen, wie in Art. 21 Abs. 2 GG, weil zwischen diesen Normen insofern eine Verwandtschaft besteht, als beiden der Wesenszug einer "streitbaren Demokratie" eigen ist, und beide Bestimmungen der Sicherung gegenüber Verfassungsfeinden dienen.<sup>751)</sup> Nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichts hat man unter freiheitlich demokratischer Grundordnung eine Ordnung zu verstehen, die unter Ausschluß jeglicher Gewalt- und Willkürherrschaft eine rechtsstaatliche Herrschaftsordnung auf der Grundlage der Selbstbestimmung des Volkes nach dem Willen der jeweiligen Mehrheit und der Freiheit und Gleichheit darstellt. Zu den grundlegenden Prinzipien dieser Ordnung sind mindestens zu rechnen: die Achtung vor den im Grundgesetz konkretisierten Menschenrechten, vor allem vor dem Recht der Persönlichkeit auf Leben und freie Entfaltung, die Volkssouveränität, die Gewaltenteilung, die Verantwortlichkeit der Regierung, die Gesetzmäßigkeit der Verwaltung, die Unabhängigkeit der Gerichte, das Mehrparteienprinzip und die Chancengleichheit

für alle politischen Parteien mit dem Recht auf verfassungsmäßige Bildung und Ausübung einer Opposition (BVerfGE 2, 12 ff., E 5, 140 ff.). Der Begriff der freiheitlichen demokratischen Grundordnung meint also nicht jede Norm des GG, welche zu Freiheit und Ordnung in Beziehung stehen, sondern nur unverzichtbare Gegensätze zum totalitären Staat.<sup>752)</sup>

Eine Verwirkung der in Art. 18 S. 1 GG genannten Grundrechte setzt voraus, daß sie zum Kampf gegen diese freiheitlich demokratische Grundordnung mißbraucht werden.

Das Wort "mißbraucht" stellt kein eigenständiges Tatbestandsmerkmal dar. Jeder Gebrauch dieser Grundrechte, um gegen die freiheitlich demokratische Grundordnung anzukämpfen, stellt sich als eine Ausübung von Rechten dar, die dem Sinn dieser Rechte zuwiderläuft und damit als Rechtsmißbrauch charakterisiert werden muß.<sup>753)</sup> Neben dem unzulässigen Mißbrauch eines oder mehrerer der in Art. 18 GG genannten Grundrechte ist also nicht auch noch ein zulässiger Gebrauch zum Kampf gegen die freiheitliche demokratische Grundordnung denkbar.<sup>754)</sup>

Nur Handlungsweisen, die sich durch eine andauernde, planvoll erscheinende Aggressivität auszeichnen, können als kämpferische Betätigung bezeichnet werden. Massivität des Vorgehens und Wiederholungen deuten auf eine solche Aggressivität hin.<sup>755)</sup>

Da die Rechtsfolge des Art. 18 GG, die Verwirkung, keine Strafe, sondern eine Maßnahme des Verfassungsschutzes darstellt, ist ein schuldhaftes Handeln nicht erforderlich; ein Handlungswille im Sinne des Willens zu eigenem, bewußtem Handeln kann als genügend bezeichnet werden.<sup>756)</sup>

Die Handlungen des Grundrechtsinhabers müssen sich für die freiheitlich demokratische Grundordnung als gefährlich erweisen.<sup>757)</sup>

Nur der Mißbrauch eines oder mehrerer der in Art. 18 S. 1 GG genannten Grundrechte kann die Rechtsfolge der Verwirkung auslösen; die Aufzählung ist in Hinblick auf die Verwirkungsfolge abschließend.<sup>758)</sup> Das bedeutet für die in Art. 18 GG nicht aufgeführten Grundrechte folgendes: ihr Gebrauch zum Kampf gegen die freiheitlich demokratische Grundordnung ist nicht etwa weniger mißbräuchlich, sondern ebenfalls ein rechtswidriges Handeln. Die Verwirkung ist aber die besondere Mißbrauchsfolge gerade der in Art. 18 S. 1 GG genannten Grundrechte.

Die Verwirkung von Grundrechten durch Ausspruch des Bundesverfassungsgerichtes bedeutet für den Betroffenen mindestens, daß er sich auf sie nicht mehr berufen kann, und zwar auch dann nicht, wenn er sich im Einzelfall im Rahmen der grundrechtlichen Gewährleistung bewegt.<sup>759)</sup> Der Betroffene darf sich dann zwar weiterhin im Schutzbereich des aberkannten Grundrechts betätigen, kann sich aber gegenüber gesetzlich legitimierten Eingriffsmaßnahmen nicht auf die aberkannten Grundrechte berufen, was vor allem bei verwaltungsrechtlichen Generalklauseln von Bedeutung sein kann.<sup>760)</sup>

Es ist aber auch möglich, daß das Bundesverfassungsgericht, abgedeckt durch Art. 18 S. 2 GG, dem Betroffenen selbst, also durch einen eigenen Ausspruch, die Ausübung aller oder bestimmter in den Schutzbereich des Grundrechts fallender Tätigkeiten untersagt. Das Bundesverfassungsgericht dringt dann anstelle des Gesetzgebers bzw. der durch ihn legitimierten Exekutive in die durch seine eigene Verwirkungsentscheidung grundrechtsentkleidete Sphäre des Betroffenen ein.<sup>761)</sup>

Dagegen kann das Bundesverfassungsgericht dem Betroffenen nach fast allgemeiner Meinung kein positives Tun auferlegen und zwar auch nicht über § 39 Abs. 1 S. 3 BVerfGG, wonach das Gericht konkrete Auflagen machen darf.<sup>762)</sup>

Was das hier vor allem interessierende Asylrecht (Art. 16 Abs. 2 GG) anlangt, so sah man sich hinsichtlich einer Verwirkung dieses Grundrechts gemäß Art. 18 GG bislang vor keine besonderen Schwierigkeiten gestellt: mißbraucht ein politisch verfolgter Ausländer das Asylrecht zum Kampf gegen die freiheitliche demokratische Grundordnung, so ver- wirkt er nach allgemeiner Meinung durch Ausspruch des Bundes- verfassungsgerichts dieses Grundrecht.<sup>763)</sup>

Neuerdings wird aber von L e r c h e<sup>764)</sup> entgegen dem klaren Wortlaut des Art. 18 S. 1 GG die Meinung vertreten, daß das Asylrecht unverwirkbar sei. Diese These sucht er mit Argumenten zu belegen, die einerseits auf den Tat- bestand und zum anderen auf die Rechtsfolge des Art. 18 S. 1 GG abstellen:

Ein Mißbrauch des Asylrechts zum Kampf gegen die freiheit- lich demokratische Grundordnung sei begrifflich ausge- schlossen. Das Asylrecht sei lediglich ein Aufenthalts- recht, nicht aber ein Verhaltensrecht. Art. 18 S. 1 GG meine aber ein rechtsmißbräuchliches Verhalten. "Mißbraucht werden" in diesem Sinne könne das Asylrecht deshalb über- haupt nicht, sondern allenfalls die auf Grund des Asyl- rechts gebotenen Betätigungsmöglichkeiten. Das Asylrecht biete nur die Grundlage für die Entfaltungsmöglichkeit des Asylberechtigten im Rahmen der Rechtsordnung der Bundesrepublik Deutschland. Art. 18 GG könne nur meinen, daß das mißbräuchliche V e r h a l t e n des Asyl- berechtigten zu gewissen Folgen in bezug gerade auf dieses Verhalten, eben zu der Verwirkung dieser Verhaltensrechte führen soll.<sup>765)</sup> Dieser Rechtsauffassung kann aber wohl nicht zugestimmt werden.

Für jede Handlungsweise eines politisch Verfolgten, die sich als Kampf gegen die freiheitliche demokratische Grundordnung erweist, stellt das durch das Grundrecht auf Asyl eingeräumte Aufenthaltsrecht die Grundlage dar. Der Asylberechtigte gebraucht dieses Recht quasi als Ausgangs-plattform für seine Aktion gegen dieses Rechtsgut. Inso-fern ist es durchaus einleuchtend, wenn Art. 18 GG von einem Mißbrauch des Asylrechts spricht.

Allerdings wird man nur dann dem Sinn des Art. 18 GG ge-recht werden, wenn der Mißbrauch sich gerade auch auf die Wahrnehmung des Aufenthaltsrechts erstreckt, was nur der Fall sein dürfte, wenn es dem Staat infolge der Heftigkeit der Angriffe nicht mehr zugemutet werden kann, daß er auf die Angriffe des Betroffenen mit der Verwirkung von in Art. 18 GG genannten V e r h a l t e n sgrundrechten oder sonstigen Maßnahmen reagiert, sondern wo es angezeigt erscheint, dem politisch Verfolgten die eigentliche Grund-lage seiner Aktivitäten, eben sein Aufenthaltsrecht zu ent-ziehen.

Die Erwähnung des Asylrechts in Art. 18 GG unter dem Aspekt des "Mißbrauchs" ist aber nicht nur denkmöglich, sondern, entgegen L e r c h e (a.a.O. S. 208), auch motiviert.

Wenn Art. 18 S. 1 GG die Rechtsfolge der Verwirkung des Asylrechts an den Tatbestand des Mißbrauchs dieses Rechts zum Kampf gegen die freiheitliche demokratische Grundord-nung knüpft, ohne hierfür bestimmte, unmittelbare Kampf-handlungen zu nennen, so bedeutet dies, daß nach dem Willen der Verfassung das Asylrecht eines politisch Verfolgten zu Fall kommen soll, gleichgültig, ob er das Schutzgut des Art. 18 durch Gebrauch der übrigen in diesem Artikel auf-geführten, auch einem Ausländer zustehenden Grundrechte gefährdet hat (wobei dann natürlich auch diese Grundrechte über Art. 18 S. 1 GG verwirkt werden) oder ob es sich um andere Kampfhandlungen handelt, etwa um den Gebrauch von



Grundrechten, welche in Art. 18 GG nicht aufgeführt sind oder um sonstige Verhaltensweisen. Diese Rechtsansicht<sup>766)</sup> steht nicht im Widerspruch zur allgemein vertretenen und zutreffenden Auffassung, daß die verwirkbahren Grundrechte in Art. 18 GG abschließend aufgezählt sind. Solche gegen die freiheitliche demokratische Grundordnung in Anwendung gebrachte, in Art. 18 GG aber nicht aufgeführte Grundrechte würden nämlich nicht verwirkt, sondern lediglich zum Anlaß genommen, das Asylrecht als verwirkt anzusehen. Es wird also nur, und das allein bezogen auf die Verwirkung des Grundrechts auf Asyl, die "Palette" der im Rahmen des Art. 18 GG relevanten Kampfhandlungen über den Bereich der in dieser Norm ohnehin genannten Verhaltensweisen hinaus ausgedehnt. Allerdings müssen strenge Maßstäbe an die Voraussetzung einer Gefahr für die freiheitliche demokratische Grundordnung angelegt werden.

L e r c h e stützt seine These der Unverwirkbarkeit des Asylrechts weiterhin mit (von ihm selbst als entscheidender bezeichneten) Hinweisen auf die Konsequenzen einer Verwirkung dieses Rechts. Die Aberkennung des Asylrechts würde nämlich in jedem Fall dem Erforderlichkeitsprinzip zuwiderlaufen und außerdem gegen die Menschenwürde, Art. 1 Abs. 1 GG, verstoßen.

Zum ersteren Argument ist vorweg zu bemerken:

Man ist sich in Hinblick auf S. 2 des Art. 18 GG und angesichts der durch die Schwere der Entscheidung unbedingt gebotenen Sicherung gegen einen Fehlgebrauch der Grundrechtsverwirkung darüber einig, daß die Verwirkung nicht die automatische Folge des Grundrechtsmißbrauchs ist, sondern eines besonderen, konstitutiv und ex nunc wirkenden Ausspruchs des Bundesverfassungsgerichtes bedarf.<sup>767)</sup>

Das Bundesverfassungsgericht kann nicht von Amts wegen, sondern nur auf Antrag des Bundestags, der Bundesregierung oder einer Landesregierung hin tätig werden (vgl. § 36

BVerfGG). Diese Organe entscheiden über die Stellung dieses Antrags nach den für das Zustandekommen ihrer Beschlüsse geltenden Regeln. Die Entscheidung steht dabei in ihrem pflichtgemäßem Ermessen.<sup>768)</sup> Wird der Antrag gestellt, so muß das Gericht, wenn in der Person eines Grundrechtsträgers der Tatbestand des Art. 18 S. 1 GG erfüllt ist, die Verwirkung aussprechen (vgl. § 39 BVerfGG). Nach Art. 18 S. 2 GG wird vom Bundesverfassungsgericht die Verwirkung und ihr Ausmaß angesprochen. Daraus läßt sich entnehmen, daß der Ausspruch einer Vollverwirkung der in Art. 18 GG genannten Grundrechte keinesfalls zwingend vorgeschrieben, daß vielmehr auch eine Teilverwirkung möglich ist.<sup>769)</sup> Steht dem Gericht aber die Bestimmung des Ausmaßes der Verwirkung zu, so ist es hierbei doch wieder nicht völlig frei, sondern den allgemeinen Rechtsgrundsätzen unterworfen, die für alle hoheitlichen Eingriffe in Freiheit und Vermögen gelten. Das Gericht ist vor allem an den rechtsstaatlichen Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gebunden. Das angeordnete Ausmaß der Verwirkung muß deshalb zur Sicherung der freiheitlich demokratischen Grundordnung erforderlich sein.<sup>770)</sup>

Nun ist L e r c h e<sup>771)</sup> zwar darin zuzustimmen, daß in bezug auf das "Ausmaß" der Verwirkung (ihrer sachlichen Ausdehnung) das Grundrecht auf Asyl insofern eine Sonderstellung gegenüber den sonst in Art. 18 GG genannten Grundrechten einnimmt, als es im Gegensatz zu diesen als ein bloßes Aufenthaltsrecht rein begrifflich in seinem "Ausmaß" nicht beschränkt, sondern nur entweder gewährt oder aber versagt bzw. zurückgenommen werden kann. Das zwingt aber nicht zu dem Schluß, daß deshalb die Verwirkung des Asylrechts in der allein vorstellbaren Form der Total-Verwirkung vom Bundesverfassungsgericht nicht ausgesprochen werden dürfte. Wenn Art. 18 GG trotz dieses Umstandes die Verwirkung des Asylrechts vorsieht, so geht die Meinung des Verfassungsgebers eben dahin, daß das Gericht bei Vorliegen des Tatbestandes die Total-Verwirkung auszusprechen

hat, ohne daß diesbezüglich Raum für Verhältnismäßigkeits-  
erwägungen bleibt. In bezug auf das Asylrecht, aber auch  
nur in Hinblick auf dieses Recht, laufen also die Worte  
"und ihr Ausmaß" in S. 2 des Art. 18 GG zwangsläufig leer.  
Dieser Umstand kann aber weit eher akzeptiert werden, als  
die völlige Nichtberücksichtigung des Asylrechts in Art.  
18 GG. In bezug auf dieses Grundrecht besteht also ein  
Ermessensspielraum nur hinsichtlich der Einleitung des  
Verfahrens beim Bundesverfassungsgericht, nicht aber hin-  
sichtlich der Ausmaß-Entscheidung des tatsächlich um eine  
Verwirkungsentscheidung angegangenen Gerichts.

Der Ausspruch der Verwirkung des Asylrechts durch das  
Bundesverfassungsgericht beinhaltet aber entgegen  
L e r c h e (a.a.O. S. 211ff.) nicht in jedem Fall einen  
Verstoß gegen die Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 GG).  
Man wird allerdings eine Kollision nicht schon deshalb aus-  
schließen können, weil etwa die Asylrechtsaberkennung für  
sich alleine noch keinen Gebietsverlust bedeute, sondern  
dieses Verbot erst durch eine originäre Ausweisungsent-  
scheidung der Exekutive ausgesprochen würde. Selbst wenn  
sich das Bundesverfassungsgericht lediglich auf einen Ver-  
wirkungsausspruch beschränken und so für die Exekutive die  
besonderen gesetzlichen Ausweisungsbeschränkungen der §§  
11 Abs. 2, 14 AuslG für politisch Verfolgte im konkreten  
Fall beseitigen würde, so kann doch der intensive Zusammen-  
hang zwischen einem wohl in den meisten Fällen gerade zum  
Zwecke einer künftigen Ausweisung und Abschiebung gestell-  
ten Aberkennungsantrag von Bundestag, Bundesregierung oder  
Landesregierung auf der einen und der Aberkennungsent-  
scheidung des Bundesverfassungsgerichts auf der anderen  
Seite wohl nicht geleugnet werden, so daß in solchem Falle  
bereits diesem Spruch Gebietsverbotscharakter zugesprochen  
werden kann.

Zudem wird man aber auch annehmen müssen, daß das Bundesver-  
fassungsgericht die Ausweisung als Folge der Asylrechtsaber-

kennung selbst verfügen kann. Zwar wird überwiegend angenommen, das Gericht könne im Rahmen seiner Verwirkungsentscheidung dem Betroffenen in keinem Fall ein Tun, sondern nur ein Unterlassen auferlegen, weil niemand zum positiven Einsatz für die freiheitliche demokratische Grundordnung gezwungen werden kann.<sup>772)</sup> Dies ist für die in Art. 18 GG genannten Verhaltensgrundrechte sicher richtig. Um ein solches handelt es sich aber nicht bei dem Grundrecht auf Asyl. Hier wird das genannte Rechtsgut durch die Anwesenheit des Ausländers gefährdet. In solchem Fall muß das Bundesverfassungsgericht den politisch Verfolgten zum Schutz der Grundordnung auch zu einem positiven Tun, dem Verlassen des Landes auffordern können.<sup>773)</sup>

Dennoch ist eine Kollision zwischen der Asylrechtsverwirkung und den Grundsätzen der Menschlichkeit nicht von vorneherein unausweichlich.

Dem Begriff der "politischen Verfolgung" im Sinne des Art. 16 Abs. 2 S. 2 GG entsprechen nämlich nicht nur (politisch motivierte) Verfolgungshandlungen, welche ihrer Art oder Schwere nach die Grundsätze der Menschlichkeit mißachten,<sup>774)</sup> sondern auch minder gravierende Maßnahmen, wenn sie aus politischen Erwägungen getroffen werden oder zu erwarten sind. So hat das Bundesverfassungsgericht<sup>775)</sup> entschieden, daß Ausländer unter Art. 16 Abs. 2 S. 2 GG fallen, wenn diese im Falle ihrer Auslieferung in ihrem Heimatstaat aus politischen Gründen Verfolgungsmaßnahmen "mit Gefahr für Leib und Leben oder Beschränkung ihrer persönlichen Freiheit ausgesetzt wären". Sonach kann also schon eine drohende, politisch motivierte Freiheitsentziehung, ohne daß diese ihrer Dauer nach besonders gravierend sein müßte, den Tatbestand der politischen Verfolgung erfüllen, ja man wird sogar schon schikanöse polizeiliche Vorladungen zu Verhören dazu rechnen müssen, jedenfalls dann, wenn nicht kriminelle Taten den Hintergrund bilden.<sup>776)</sup>

Allgemein wird man deshalb wohl mit D o e h r i n g <sup>777)</sup> sagen können, daß "verfolgt" im Sinne von Art. 16 Abs. 2 S. 2 GG bereits der rechtsstaatswidrig Verfolgte ist, ohne daß es hierfür erforderlich ist, daß die Art der Verfolgung die Menschenrechte verletzt. In solchem Fall kann dann die Verwirkungsentscheidung nicht gegen Art. 1 Abs. 1 GG verstoßen.

Wenn es sich allerdings um eine die Menschenwürde verletzende Verfolgung handelt, welche natürlich erst recht unter den Begriff der politischen Verfolgung fällt, so muß L e r c h e (a.a.O. S. 211ff.) in der Tat darin zugestimmt werden, daß das Bundesverfassungsgericht dann angesichts des in Art. 18 GG nicht erwähnten und deshalb unverwirkbaren Grundrechts auf Achtung der Menschenwürde als höchstem Rechtsprinzip (Art. 1 Abs. 1 GG)<sup>778)</sup> eine Verwirkung des Asylrechts trotz Art. 18 GG nicht aussprechen darf. Art. 1 Abs. 1 GG beherrscht nämlich als tragendes Konstitutionsprinzip alle übrigen Bestimmungen des GG<sup>779)</sup> und damit einschränken- derweise auch Art. 18 GG.

Art. 18 GG entfaltet Sperrwirkung sowohl hinsichtlich seines Tatbestandes als auch in Gestalt des Entscheidungsmonopols des Bundesverfassungsgerichts.

Die Sperrwirkung des Tatbestandes tritt dadurch in Erscheinung, daß zwar auch der Gebrauch anderer als der in Art. 18 GG genannten Grundrechte zum Kampf gegen die freiheitliche demokratische Grundordnung eine unzulässige Rechtsausübung darstellt, daß aber die Verwirkung die besondere Mißbrauchsfolge der unzulässigen Ausübung der in dieser Verfassungsnorm aufgeführten Grundrechte ist.<sup>780)</sup>

Was die im Zusammenhang mit §§ 11 Abs. 2, 14 Abs. 1 S. 2 AuslG bedeutsame Sperrwirkung des Entscheidungsmonopols des Bundesverfassungsgerichts anlangt, so bezieht sie sich nur auf solche Maßnahmen, die sich entweder als Verwirkung im Sinne des Art. 18 GG darstellen oder einer solchen gleich zu erachten sind.<sup>781)</sup>



Wenn es sich bei den in §§ 11 Abs.2 und 14 Abs. 1 S. 2 AuslG gegenüber einem politisch Verfolgten (Art. 16 Abs. 2 S. 2 GG) vorgesehenen Maßnahmen um solche verwirkungsgleichen Eingriffe handeln sollte, so wäre die Regelung wegen Verstoßes gegen Art. 18 GG nichtig.

Eine Maßnahme kann nur dann als "verwirkungsgleich" bezeichnet werden, wenn folgende drei Elemente gegeben sind:

- a) Es muß sich um einen echten grundrechtsmindernden und nicht etwa nur um einen Eingriff handeln, der darauf abzielt, den Betroffenen wieder in den Bereich der legalen Grundrechtsausübung zurückzudrängen,
- b) die Grundrechtsminderung muß zur Verhinderung künftiger Kampfhandlungen gegen die freiheitliche demokratische Grundordnung verfügt werden (Prävention) und
- c) der Eingriff muß an die Verwirklichung des generalklauselartigen Tatbestandes "Kampf gegen die freiheitliche demokratische Grundordnung" anknüpfen.<sup>782)</sup>

Die Tatsache allein, daß eine Ausweisungsverfügung den Effekt einer Verwirkung des Asylrechts besitzt, genügt also noch nicht, um eine diesbezügliche gesetzliche Regelung an Art. 18 GG scheitern zu lassen. Es kommt vielmehr zusätzlich darauf an, ob die Ausweisung an das Vorliegen von Voraussetzungen geknüpft ist, welche sich direkt oder indirekt mit dem Tatbestand des Art. 18 GG decken. Der Grund, warum das Entscheidungsmonopol des Bundesverfassungsgerichtes auch an den Tatbestand des Art. 18 S. 1 GG und nicht bereits an die schwerwiegende Verwirkungsfolge geknüpft ist, dürfte allerdings in erster Linie nicht darin zu suchen sein, daß hier eine verfassungsrechtliche Generalklausel zu konkretisieren ist.<sup>783)</sup> Das BVerfG hat selbst ausgesprochen, daß es sich nicht für allein zuständig halte, den Begriff "Kampf gegen die freiheitliche demokratische Grundordnung" zu interpretieren und eine Subsumtion vorzunehmen.<sup>784)</sup> Für die Abhängigkeit des Entscheidungsmonopols

auch vom Tatbestand des Art. 18 S. 1 GG ist vielmehr maßgeblich, daß dieser Artikel " Ausdruck des bewußten verfassungs- politischen Willens zur Lösung des Grenzproblems der freiheitlichen demokratischen Staatsordnung " ist (BVerfGE 10, 118 (123)). Wo dieses Grenzproblem deshalb nicht inmitten steht, wo also diese Ordnung nicht bekämpft wird, ist auch kein Raum für ein Entscheidungsmonopol des Bundesverfassungsgerichts.<sup>785)</sup>

Art. 18 GG schließt also Normen und aufgrund solcher Normen ergehende Verfügungen grundrechtsverwirkenden Charakters nicht aus, wenn sie an andere Tatbestände als gerade den des Mißbrauchs von Grundrechten der in Art. 18 GG bezeichneten Art zum Kampf gegen die freiheitliche demokrat. Grundordnung anknüpfen; solche Normen können Art. 18 GG sinnvoll ergänzen.<sup>786)</sup>

Eine Überprüfung des Inhalts der §§ 11 Abs. 2 und 14 Abs. 1 des Ausländergesetzes in Hinblick auf seine Vereinbarkeit mit dem so interpretierten Art. 18 GG ergibt folgendes:

Wird ein politisch Verfolgter gemäß § 11 Abs. 2 AuslG ausgewiesen, so beinhaltet dies in jedem Falle die Beseitigung seines Aufenthaltsrechtes und damit den Verlust der Substanz seines Grundrechts auf Asyl,<sup>787)</sup> so daß die erste Voraussetzung für die Annahme einer verwirkungsgleichen Maßnahme als gegeben angesehen werden muß.

Die Ausweisung stellt auch eine Präventivmaßnahme dar: sie ist keine Strafe, sondern dient der Abwehr künftiger Gefahren für staatliche Interessen (siehe S. 248 ff.). Hat der politisch Verfolgte zuvor die freiheitliche demokratische Grundordnung gefährdet, so dient sie dem Schutz dieses Rechtsgutes.

Die Regelung des § 11 Abs. 2 AuslG würde jedoch nur dann in den Sperrbereich des Art. 18 GG eindringen, wenn die Rechtsfolge der Ausweisung an den Tatbestand des "Kampfes gegen die freiheitliche demokratische Grundordnung" anknüpfen würde. Dies ist jedoch nicht der Fall. § 11 Abs. 2 AuslG läßt die Ausweisung eines politisch Verfolgten vielmehr nur aus "schwerwiegenden Gründen der öffentlichen Sicherheit oder Ordnung" zu. Nur bei äußerster Großzügigkeit hinsichtlich

der Auslegung des Begriffes " öffentliche Ordnung " ließe sich eine kämpferische Handlungsweise gegen die freiheitliche demokratische Grundordnung der vorgenannten Tatbestandsvoraussetzung des § 11 Abs. 2 AuslG zuordnen. Eine Durchsicht des Ausländergesetzes ergibt jedoch, daß der Gesetzgeber von einer sachlichen Verschiedenheit der genannten Begriffe ausgeht:

In § 10 Abs. 1 Nr. 1 AuslG werden die Ausweisungsgründe " Gefährdung der freiheitlichen demokratischen Grundordnung " und " Gefährdung der Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland " einander gegenübergestellt.

Nach § 6 Abs. 2 AuslG kann die politische Betätigung von Ausländern eingeschränkt oder untersagt werden, wenn es die Abwehr von Störungen der " öffentlichen Sicherheit oder Ordnung " erfordert. Dagegen ist nach Absatz 3 die - ser Vorschrift eine solche Betätigung von vornherein unerlaubt, wenn sie die " freiheitliche demokratische Grundordnung " gefährdet.

Hieraus läßt sich entnehmen, daß der Gesetzgeber von der Verschiedenheit der Begriffe " freiheitliche demokratische Grundordnung " und " öffentliche Sicherheit oder Ordnung " ausgeht und jeweils verschiedene Rechtsfolgen nicht nur für denkbar, sondern im Falle z.B. des § 6 Abs. 2 und 3 AuslG auch für angezeigt hält.<sup>788)</sup>

Es muß deshalb davon ausgegangen werden, daß § 11 Abs. 2 AuslG weder direkt noch indirekt ein Gebot oder auch nur die Möglichkeit enthält, einen politisch Verfolgten wegen Mißbrauch des Asylrechts zum Kampf gegen die freiheitliche demokratische Grundordnung auszuweisen. Für die Exekutive eröffnet sich die Möglichkeit, einen solchen Ausländer auszuweisen erst dann, wenn das Bundesverfassungsgericht zuvor gemäß

Art. 18 GG das durch Art. 16 Abs. 2 S. 2 GG verliehene Grundrecht des politisch Verfolgten auf Asyl wegen Mißbrauchs zum Kampf gegen die freiheitliche demokratische Grundordnung für verwirkt erklärt hat. Die Ausweisung kann dann auf § 10 Abs. 1 Nr. 1 AuslG gestützt werden.

Zusammenfassend läßt sich feststellen, daß die Normierungen der §§ 11 Abs. 2 und 14 Abs. 1 S. 2 AuslG so wohl in bezug auf Art. 16 Abs. 2 S. 2 GG als auch unter dem Blickwinkel des Art. 18 GG verfassungsrechtlich nicht beanstandet werden können.

Anmerkungen

- 1) BVerfG U. v. 31.7.1973, NJW 73, 1539 (1543/4); Maunz, DStR, S. 27, 28 u. 395; Maunz in: Maunz-Dürig-Herzog, Art. 16, Rdnr. 20 ff. (23); Hamann/Lenz, Art. 16, B. 1, a; v. Mangoldt-Klein, Art. 16 Anm. III 1 b (S. 481); Rumpf S. 201.
- 2) BVerfGE 2 266 (272, 276); BVerwGE 3, 308 (309); Hamann/Lenz, Art. 11, Anm. B. 1; Dürig, Freizügigkeit, S. 517; Wernicke in: BK, Art. 11, Anm. II 1.a.
- 3) Vgl. v. Mangoldt-Klein, Art. 11 Anm. III 1 (S. 346); Dürig, Freizügigkeit, S. 512.
- 4) BVerfGE 2, 266 (273); Leibholz/Rinck, Art. 11, Rdnr. 1; Dürig in: Maunz-Dürig-Herzog, Art. 11, Rdnr. 27, 28; Dürig, Freizügigkeit, S. 512; Hamann/Lenz Art. 11, Anm. 2; Maunz, DStR, S. 173.
- 5) BVerfGE 8, 95 (97).
- 6) Dürig in: Maunz-Dürig-Herzog, Art. 11, Rdnr. 12; v. Mangoldt-Klein, Art. 11, Anm. III 1 (S. 346).
- 7) BVerwGE 3, 308 (312) im Anschluß an Dürig, Freizügigkeit, S. 513.
- 8) So neuerdings Dürig in: Maunz-Dürig-Herzog, Art. 11, Rdnr. 36 bis 38 gegen BVerwGE 3, 308 (312).
- 9) Art. 111 S. 1 und 2 Weimarer Verfassung: "Alle Deutschen genießen Freizügigkeit im ganzen Reich. Jeder hat das Recht, sich an beliebigem Orte des Reichs aufzuhalten und niederzulassen, Grundstücke zu erwerben und jeden Nahrungszweig zu betreiben."
- 10) Art. 109 Abs. 1 BayVerf: "Alle Bewohner Bayerns genießen volle Freizügigkeit, Sie haben das Recht, sich an jedem beliebigen Ort aufzuhalten und niederzulassen, Grundstücke zu erwerben und jeden Erwerbszweig zu betreiben."
- 11) Maunz, DStR, S. 173; Dürig, Freizügigkeit, S. 510/511 (FN. 1) mit Rechtsprechungsnachweisen.
- 12) BVerwGE 12, 140 (162); Hamann/Lenz, Art. 11 Anm. A; Dürig, Freizügigkeit, S. 511/512, Dürig in: Maunz-Dürig-Herzog, Art. 11, Anm. 19, 20, 21. A.A. Merten S. 64 ff. (69/71).



- 13) BVerwGE 2, 151 (152), E 3, 308 (312/313), E 12, 140 (162); Dürig in: Maunz-Dürig-Herzog, Art. 11, Anm. 20; unrichtig Dürig, Freizügigkeit, S. 513, wenn er "die verfassungsrechtliche Realisierbarkeit des ganzen Freizügigkeitsartikels rechtslogisch als durch ... Art. 12 ... aufschiebend bedingt bezeichnet.
- 14) BVerwGE 3, 308 (312 313); v.Mangoldt-Klein, Art. 11, Anm. IV. 1. (S. 349); A.A.Dürig, Freizügigkeit, S. 513, 515.
- 15) Hamann/Lenz, Art. 11, Anm. B. 2.; Dürig in: Maunz-Dürig-Herzog, Art. 11, Rdnr. 39.
- 16) Wernicke in BK, Art. 11, Anm. II 1.c.; v.Mangoldt-Klein, Art. 11, Anm. II, Nr. 3 (S. 345) und Art. 16, Anm. IV 2 f. (S. 497); Dürig in: Maunz-Dürig-Herzog, Art. 11, Rdnr. 102; Jellinek S. 111.
- 17) Berber I, S. 384 u. 388; Dahm, Bd. I, S. 530; Becker in: Staatslexikon S. 787; Doebling in: Strupp-Schlochauer, S. 129, Oppenheim-Lauterpacht S. 694 (§ 325); Overbeck S. 41 (FN. 109); Kobarg S. 1, hält allerdings das Rückkehrverbot nicht für begriffsnotwendig.
- 18) Isay S. 203; Kobarg S. 34, Fleischmann in Hatschek-Strupp, S. 337;
- 19) Isay S. 202/203; v.Frisch S. 140, 141, 142; Kobarg S. 34; v.Bar S. 182, 293; v.Martitz S. 13 ff; Becker in: Staatslexikon S. 789; Berber I, S. 387 bezeichnet die Verbannung als heute meist obsolet.
- 20) Langhard, Niederlassungsrecht S. 82; Fleischmann in: Hatschek-Strupp (Stichwort Ausweisung) S. 337; Vanselow S. 17 (Anm. 29).
- 21) Langhard, Fremdenausweisung, S. 69; Bonfils S. 230 (§ 435).
- 22) v. Martitz S. 17 (FN. 25) weist darauf hin, daß gerade in speziellen Ausnahmefällen die Staaten davon auszugehen scheinen, "daß es nicht an anderen Ländern fehlen wird, die den Vertriebenen aufzunehmen willfährig sind." Zuweilen würden sogar völkerrechtliche Verabredungen getroffen, um die Aufnahme der Verbannten zu sichern. Dadurch ändere sich jedoch an der Regel des unentziehbaren Anspruchs des Inländers auf Aufenthalt in seinem Heimatstaat nichts.
- 23) Isay S. 202/203; Langhard (II), S. 69.

- 24) v. Frisch S. 141; Kobarg S. 14, 15; Langhard (II), S. 74; wohl auch Berber I, S. 387.
- 25) BVerfGE 2, 266 (273); OVG Lüneburg DVBl. 52, 57 ff.; Hamann/Lenz, Art. 11, Anm. B. 2; Wernicke in BK, Art. 11, Anm. II 1.b; v. Mangoldt-Klein, Art. 11 Anm. III. 2. (S. 348); Dürig, Freizügigkeit, S. 516; Merten S. 87 ff.
- 26) Dürig, Freizügigkeit, S. 518.
- 27) OVG Lüneburg DVBl. 52, 57 ff; v. Mangoldt-Klein, Art. 11, Anm. III. 2. (S. 348); Dürig, Freizügigkeit, S. 516 und in: Maunz-Dürig-Herzog, Art. 11, Rdnr. 92; Hamann/Lenz, Art. 11, Anm. B. 2.
- 28) BVerfGE 6, 32 (34 ff.).
- 29) BVerwGE 3, 308 (310).
- 30) Hamann/Lenz, Art. 11, Anm. A; Wernicke in BK, Art. 11, Anm. II. 2.
- 31) BVerwGE 11, 133, 135; Hamann/Lenz, Art. 11, Anm. B. 3.
- 32) Maunz, DStR, S. 173; Dürig in: Maunz-Dürig-Herzog, Art. 11, Rdnr. 56.
- 33) BVerfGE 2, 266 (275 ff.); Leibholz/Rink, Art. 11, Anm. 3a; Maunz, DStR, S. 173/174; Dürig in: Maunz-Dürig-Herzog, Art. 11, Anm. 93 ff.
- 34) Vgl. Dürig in: Maunz-Dürig-Herzog, Art. 11, Rdnr. 8 und 103.
- 35) v. Mangoldt, Komm., Art. 11, Anm. 2 (S. 90) und Vorb. Nr. 12 (S. 41); unklar Scheuner S. 199 ff., insbes. S. 222; Dürig, Freizügigkeit, S. 518/519; v. Mangoldt-Klein, Art. 11, Anm. III. 2. (S. 347/348); zuletzt Hesse S. 153. A.A. Wernicke in BK, Art. 11, Anm. II. 1.d unter Hinweis auf Art. 2 Abs. 1 GG.
- 36) Hamann/Lenz, Art. 11, Anm. B. 2.; Leibholz/Rinck Art. 11, Rdnr. 1, Maunz, DStR, S. 174; nunmehr auch Dürig in: Maunz-Dürig-Herzog, Art. 11, Rdnr. 105, wenn auch unter Bedenken; Brinkmann, Art. 11, Anm. I, 1.b; Giese/Schunck, Art. 2, Anm. II 2. Ablehnend Hartmann S. 440 (FN. 23) und Hesse S. 153.
- 37) Hiergegen Dürig in: Maunz-Dürig-Herzog, Art. 11, Anm. 106 und Hartmann S. 440.

- 38) Hiergegen Dürig in: Maunz-Dürig-Herzog, Art. 11, Rdnr. 106 unter Hinweis auf den kriminalrechtlichen Vorbehalt des Art. 11 Abs. 2 GG; dagegen auch Hartmann S. 440, da Schranken eines Grundrechts keinen Schluß auf seinen Inhalt zuließen; vgl. auch Hesse S. 153.
- 39) So aber BVerwGE 3, 130 (133), inzwischen revidiert durch U. v. 29.8.1968, DÖV 69, 74 ff.
- 40) Dürig in: Maunz-Dürig-Herzog, Art. 11, Rdnr. 107; Liebholz/Rinck, Art. 11, Rdnr. 1.
- 41) BVerfGE 6, 32 (38 u. 41); Maunz, DStR, S. 121. Vgl. zur früher engeren Auffassung, wonach zur verfassungsmäßigen Ordnung nur die elementaren Verfassungsgrundsätze und die allgemeinen Regeln des Völkerrechts gehören insbes. Dürig in: Maunz-Dürig-Herzog, Art. 2, Abs. 1, Anm. 17 ff. und Hamann/Lenz, Art. 2, Anm. 6
- 42) BVerfGE 6, 32 (42/43).
- 43) Vgl. Ross S. 154/155; Berber in Evang. Staatslexikon, S. 575/576; Dahm I, S. 503;
- 44) Vgl. Dahm, Bd. I, S. 503/504; Jessup S. 51; Wengler S. 1003.
- 45) Dahm, Bd. I, S. 504.
- 46) Dahm, Bd. I, S. 504; Jessup S. 51.
- 47) Vgl. Dahm, Bd. I, S. 504 mit Rspr.-Nachweisen; Berber in Evang. Staatslexikon, Stichw. Fremdenrecht, S. 576; Wengler S. 1004; Verdross S. 362, 363; Kraus S. 92; v.d. Heydte S. 277/278; Ross S. 155.
- 48) Dahm, Bd. I, S. 504/505, Wengler S. 1004.
- 49) Vgl. Maunz in: Maunz-Dürig-Herzog, Art. 16, Rdnr. 27.
- 50) Aufzählung der Rechte des Mindeststandards: bei Maunz in: Maunz-Dürig-Herzog, Art. 16, Rdnr. 27; bei Doehring, "Die allg. Regeln...", S. 80 ff.; bei Verdross S. 364 und Berber in: Evang. Staatslexikon, S. 576.
- 51) Vgl. Dahm, Bd. I, S. 506; Verdross S. 364; Doehring, "Die allg. Regeln...", S. 68; Kraus S. 92; v.d. Heydte S. 279.

- 52) Dahm, Bd. I, S. 506.
- 53) Dahm, Bd. I, S. 505; Ross S. 156; Doebling, "Die allgem. Regeln..." S. 121; v.d. Heydte S. 278.
- 54) So kann er z.B. das Recht zum Grundstückserwerb auf Angehörige befreundeter Staaten beschränken, vgl. Dahm S. 505, Seidl-Hohenveldern Rdnr. 1173. v.Frisch S. 93 nahm noch als Regel an, daß die Angehörigen fremder Staaten prinzipiell gleich zu behandeln sind, erkannte jedoch Umschwung an.
- 55) Steinbach S. 81; Dahm, Bd. I, S. 505; Marxen, Komm., Einleit. S. 40.
- 56) Vgl. v.d. Heydte S. 277/278; Doebling, "Neuregelung...", S. 483 sieht den Mindeststandard als ius cogens an. A. A. offenbar Steinbach S. 83/84, welcher eine solche Einschränkung nicht erwähnt, sondern allgemeine Abdingbarkeit annimmt.
- 57) Vgl. Meyer-Marsilius, NJW 61, 713 (4).
- 58) Verdross S. 363; Dahm, Bd. I, S. 506.
- 59) Definition nach v. Mangoldt-Klein, Vorbem. B. V. 1 und 4 (S. 97 ff.).
- 60) Maunz, DStR, S. 104
- 61) v. Mangoldt-Klein, Vorbem. B. V. 5 (S. 99/100).
- 62) Definition nach v. Mangoldt-Klein, Vorbem. B. V. 1 und 4 (S. 97 ff.).
- 63) Vgl. Herzog in: Maunz-Dürig-Herzog, Art. 8, Rdnr. 12, 13, 14; Maunz in: Maunz-Dürig-Herzog, Art. 9, Rdnr. 24, 25, 26; Dürig in: Maunz-Dürig-Herzog, Art. 11, Rdnr. 120; v. Mangoldt-Klein, Art. 8 Anm. II. 4. (S. 302) u. Art. 9 Anm. III. 3. (S. 319).
- 64) Vgl. v. Mangoldt-Klein, Art. 8, Anm. II. 4 (S. 302), Art. 9 Anm. III. 2. (S. 319), Art. 11 Anm. II. 3 (S. 344/355), Art. 12, Anm. VI. 3. (S. 389); Hamann/Lenz, Art. 8 Anm. B. 1., Art. 9 Anm. B. 1., Art. 11 Anm. B. 1.; Art. 12 Anm. B. 1.; Kloesel-Christ, Komm., § 6 Anm. 1; Marxen, Komm., § 6 Anm. 5; Weißmann, Komm., § 6 Anm. 3; Kanein, Komm., § 6 Anm. A. 2.; Schiedermaier Komm., S. 41 ff.
- 65) Vgl. Doebling DVBl. 74, 75 (LS. 18).

- 66) So BVerfGE 1, 223; BayVerfGH JZ 59, 310 ff.; Hamann/Lenz, Art. 3, Anm. A 1. A.A. v. Mangoldt-Klein, Art. 3 Anm. II. 8. (S. 197); einschränkend auch Dürig in Maunz-Dürig-Herzog, Art. 3 Abs. I, Rdnr. 2.
- 67) vgl. Maunz, Dt.StR. S. 136
- 68) Hamann/Lenz, Art. 3, Anm. A. 2; Maunz, Dt.StR., S. 136.
- 69) vgl. Hamann/Lenz, Art. 3, Anm. B. 1 und 2.
- 70) BVerfGE 30, 409 (412); E 23, 98 (104).
- 71) BVerfGE 23, 98 (106 ff.). Maunz, DStR, weist jedoch darauf hin, daß bei grob sachwidrigen und unangemessenen Auswirkungen dieses absolute Differenzierungsverbots das Sachgemäßheitsgebot auch hier vorgehe. Vgl. auch Dürig in: Maunz-Dürig-Herzog, Art. 3 Abs. 3, Rdnr. 1 sowie v. Mangoldt-Klein, Art. 3 Anm. V. 1. (S. 208/209).
- 72) BVerfGE 5, 17 (22); E 9, 124 (128); BVerwGE 22, 66 (69 ff.); E 3, 235 (236); Ipsen S. 134, 146; v. Mangoldt-Klein, Art. 3, Anm. V. 2.a (S. 210); Hamann/Lenz, Art. 3, Anm. B. 10.; Doebling, "Neuregelung..." S. 484; Kraus S. 92; Dürig in: Maunz-Dürig-Herzog, Art. 3 Abs. III, Rdnr. 80; Isensee DVBl. 74, S. 76 (LS. 8); Stern BayVBl. 56, 141; Dolde S. 55 bis 57; Rittstieg NJW 72, 2153 (5), A.A. offenbar Zuleeg DÖV 73, 361 (363/364).
- 73) BVerfGE 23, 258 (262); BVerwGE 22, 66 (69 ff.).
- 74) BVerfGE 5, 17 (22); E 17, 199 (203); E 23, 258 (262); BVerwGE 22, 66 (70).
- 75) BVerfGE 5, 17 (22)
- 76) Ipsen S. 145, 146
- 77) Leibholz/Rinck, Art. 3, Rdnr. 36
- 78) BVerfGE 1, 52; E 3, 135; E 14, 150; E 15, 320; E 23, 60, 143, 263; E 24, 215, 228, 357; E 25, 105; E 27, 9 f., 149, 386.
- 79) BVerfGE 4, 31
- 80) BVerfGE 23, 229/240



- 81) Maunz, DStR, S. 137 und 140.
- 82) Vgl. Doebling, Staatsrechtslehrertagung 1973, DVBl. 74, 75 (LS. 21).
- 83) So aber wohl Doebling in: "Neuregelung..." S.484.
- 84) Vgl. Kraus S. 91.
- 85) Vgl. v. Mangoldt-Klein, Vorbem. B V 1., S. 97/98.
- 86) Vgl. v. Mangoldt-Klein, Vorbem. B V 1, S. 97/98
- 87) So Isensee DVBl. 74, 76 (LS. 8).
- 88) Ebenso Doebling, Staatsrechtslehrertagung 1973, DVBl. 74, 75 (LS. 22).
- 89) Vgl. Doebling, Staatsrechtslehrertagung 1973, DVBl. 74, 75 (LS. 20), der allerdings, wohl verfehlt, auf Art. 25 GG Bezug nimmt.
- 90) Siehe bei v. Martitz S. 18, vgl. den Hinweis bei Hatschek-Strupp S. 332.
- 91) Rivier S. 168/169; Heffter-Geffken S. 74; Hatschek-Strupp S. 334; Seidl-Hohenveldern, RdNr. 1174, spricht auch heute von einem "Grundrecht auf Verkehr".
- 92) Heffter-Geffken S. 74; Rivier S. 169; Hatschek-Strupp S. 334;
- 93) Vattel S. 227 (§ 94); Bonfils S. 234; Bittermann S. 553; Menzel S. 201; Berber in: Evang. Staats-Lexikon, S. 575; Dahm I, S. 498.
- 94) Vattel S. 227 (§ 94); wohl auch Heffter-Geffken S. 76 FN. 2 (wenngleich sie ein solches Verhalten in der Europäischen Staatengemeinschaft als beleidigend ansehen würden, vgl. S. 137); Hatschek S.220 sowie Strupp S. 36 (§ 7a), welche aber die faktische Unmöglichkeit eines solchen Verhaltens betonen; ebenso Wengler S. 1002, welcher dieses Recht als nur durch Verträge einschränkbar erachtet; wohl auch Berber, Bd. I, S. 385, welcher eine Beschränkung der Zulassungsfreiheit des Staates nicht erwähnt.
- 95) Bluntschli S. 220; Martitz S. 18; Rivier S. 169, welcher bei völliger Absperrung einen Selbstaus-schluß aus der Völkerrechtsgemeinschaft annimmt;

Langhard, Fremdenausweisung S. 1; Bornhak S. 108; Overbeck S. 6; Heinrichs S. 3; v. Frisch S. 138; Hatschek-Strupp S. 332; Kobarg S. 39; v.d. Heydte S. 278; Verdross S. 362; Seidl-Hohenveldern Rdnr.1174.

- 96) Dahm, Bd. I, S. 499/500.
- 97) v. Martitz S. 19, Langhard, Fremdenausweisung S. 1; v. Frisch S. 138; Hatschek S. 220 u. S. 221 nimmt einen Verstoß gegen den Grundsatz der Gleichheit der Staaten an; ebenso Strupp S. 36.
- 98) siehe Anm. 94.
- 99) Kobarg S. 39; Dahm, Bd. I, S. 500; Menzel S. 202.
- 100) Vattel S. 227; Bluntschli S. 221; Heffter-Geffken S. 137; Langhard, "Fremdenausweisung", S. 3; Bornhak S. 116; v. Overbeck S. 6; Heinrichs S. 8; v. Frisch S. 138; Hatschek S. 221; Hatschek-Strupp S. 332; Kobarg S. 39; Vanselow S. 7 (FN. 5); Verdross S. 362; Dahm, I, S. 498.
- 101) Heinrichs S. 8.A.A. anscheinend v. Frisch S. 138: es seien Gründe erforderlich, die in der Person dieser Ausländer selbst liegen.
- 102) Verdross S. 362; Berber in: Evang. Staatslexikon S. 575; Wengler S. 1002; v.d. Heydte S. 278; Dahm, I, S. 498 u. 501.
- 103) v. Frisch S. 119; Dahm, I, S. 501;
- 104) Dahm I, S. 498; Wengler S. 1003, welcher aber eine Pflicht zur vertraglichen Regelung annimmt.
- 105) Dahm I S. 498; Menzel S. 201; Verdross S. 362; v.d. Heydte S. 278.
- 106) Verdross S. 362; Dahm, I, S. 500; Doehring, "Die allgemeinen Regeln...", S. 58 und 59.
- 107) Dahm, I, S. 498 sowie Doehring, "Die allgemeinen Regeln...", S. 59. Letzterer nimmt aber ganz ausnahmsweise (auch) eine Verletzung von Individualrechten an, wenn z.B. ein Unfall an der Grenze eines fremden Staates geschieht, schnelle Hilfe nur in diesem erlangt werden könne, dieser sich aber weigere, den Schwerverletzten aufzunehmen; diese Unterlassung verletze so sehr die Individualsphäre, das Recht auf Leben, daß hier auch eine Verletzung völkerrechtlich geschützter Individualrechte anzunehmen sei.

- 108) Kobarg S. 41; Dahm, I, S. 501; Berber in: Evang. Staatslexikon S. 575.
- 109) Heinrichs S. 4; Kraus S. 92/93; Berber in: Evang. Staatslexikon S. 575; Menzel S. 201; Dahm, I, S. 499 und 501.
- 110) Berber in: Evang. Staatslexikon S. 575;
- 111) Im Wortlaut wiedergegeben bei Kloesel-Christ, Komm., B. 6. 2.
- 112) Vgl. Kloesel-Christ, Komm., unter B. 2. 4.
- 113) Vgl. Berber, I, S. 91.
- 114) Vgl. bei Dahm, I, S. 54, 55.
- 115) Vgl. Dahm, I, S. 54; Berber S. 93.
- 116) Menzel S. 53
- 117) Berber S. 95
- 118) Dahm I, S. 55
- 119) Menzel S. 58
- 120) Maunz, DStR, S. 339, Menzel S. 65.
- 121) So Maunz, DStR, S. 339.
- 122) So Menzel S. 66.
- 123) Berber, I, S. 99; Maunz, DStR, S. 339.
- 124) Berber, I, S. 99.
- 125) Siehe bei v. Mangoldt-Klein, Art. 25, Anm. III. 1 (S. 674). A.A. teilweise Maunz, DStR, S. 339, welcher zwischen Regeln unterscheidet, die nur dann als "allgemein" von der BRD angesehen werden müssen, wenn sie selbst zustimmt und solchen Regeln, welche die BRD auch ohne eigene Anerkennung binden. A.A. auch Berber I, S. 101, welcher die BRD nur an solche Regeln des Völkerrechts auch innerstaatlich gebunden hält, die sie selbst anerkenne.
- 126) Wohl unstrittig. Vgl. Maunz, DStR, S. 339; Menzel S. 63.

- 127) BVerfGE 6, 309 (363); Berber, I, S. 100 unter Hinweis auf Art. 79 Abs. 1 GG; Maunz in: Maunz-Dürig-Herzog, Art. 25, Anm. 23.
- 128) Vgl. Menzel S. 64.
- 129) So wohl Maunz, DStR, S. 339 und Menzel S. 64.
- 130) Vgl. Doebling, "Allgemeine Regeln...", S. 203.
- 131) So aber wohl Berber, I, S. 99.
- 132) Doebling, "Allgemeine Regeln..." S. 203.
- 133) Vgl. Doebling, "Die Neuordnung..." S. 481, 482; Schiedermair, Komm., S. 32, 33.
- 134) Vgl. BVerfGE 1, 411; E 6, 294; BGHZ 17, 309 (313/314); Berber, I, S. 99/100; Maunz, DStR, S. 340; Maunz in: Maunz-Dürig-Herzog, Art. 59, Rdnr. 25; Leibholz/Rinck, Art. 59, Anm. 1; Marxen, Komm., Anlage zu § 2, Anm. 45, teilweise anders v. Mangoldt-Klein, Art. 59, Anm. IV. 7 (S. 1145).
- 135) A.A. nur Kanein, Komm., S. 47, welcher die Notwendigkeit einer (weiteren) Transformation der VO in inner-deutsches Recht annimmt.
- 136) Vgl. Wagner S. 308/309 und die in FN 10 angegebene Literatur.
- 137) Schlochauer AVR 63, S. 9. A.A. Wagner S. 309.
- 138) Schatz S. 1694
- 139) Vgl. zur Richtlinie Furler NJW 65, 1401 (1403/1404) sowie Wohlfahrt-Everling-Glaesner-Sprung, Komm., Art. 189, Anm. 4, 8, 9;
- 140) Berber, I, S. 100; Leibholz/Rinck, Art. 59, Anm. 5; Menzel S. 66; Maunz in: Maunz-Dürig-Herzog, Art. 25 GG, Anm. 29.
- 141) So auch Doebling, "Neuordnung..." S. 482; Marxen, Komm., § 55 Anm. 2.
- 142) EuGH, U. v. 17.5.1972, NJW 72, 1639/1640 sowie U. v. 13.7.1972, BayVBl. 72, 605/606; v. Meibom S. 465; Wagner S. 309 ff.; Ehle S. 2332; Furler S. 1404 (5).

- 143) BVerfG, B. v. 29.5.1974, NJW 74, 1697 mit abweichender Meinung der Richter Dr. Rupp, Hirsch und Wand. A.A. grds. auch Oppermann/Feigl, JuS 74, 484 (488).
- 144) Abgedruckt in DVBl. 74, 74 (75).
- 145) Schiedermaier, Komm., S. 36 ff.
- 146) Vgl. zur Terminologie v. Mangoldt-Klein, Vorbem.B.V.1. (S. 97/98).
- 147) So offenbar Erbel nach dem Bericht über die Staatsrechtslehrertagung 1973, MDR 74, 116 (117). In die gleiche Richtung argumentiert schon Isay S. 90, 91.
- 148) Bericht über die Staatsrechtslehrertagung 1973 in: MDR 74, 116 (118).
- 149) Insoweit scheinen auf der Staatsrechtslehrertagung 1973 auch Bachof und Frowein Bedenken geäußert zu haben, vgl. DVBl. 74, 76.
- 150) So aber Schiedermaier, Komm., S. 36, noch dazu offenbar unter Beschränkung des Asylrechts auf einen (bereits) anwesenden Ausländer (vgl. S. 41).
- 151) Vgl. v. Mangoldt-Klein, Art. 11, Anm. II. 3 (S. 344); Hamann/Lenz, Art. 11, Anm. B. 1; Leibholz/Rinck Art.11, Rdnr. 1; Schmidt-Bleibtreu/Klein, Art. 11, Anm. 5; Wernicke in BK, Art. 11, II 1 a; Schiedermaier, Komm., S. 43.
- 152) v. Mangoldt, Komm., Art. 11, Anm. 2.
- 153) Nawiasky, S. 25.
- 154) Dürig, Freizügigkeit, S. 521 ff. und in: Maunz-Dürig-Herzog, Art. 11, Rdnr. 119.
- 155) Merten S. 82.
- 156) Dolde, "Die politischen Rechte...", S. 53 unter Berufung auf Dürig, AöR 81, 117 (120).
- 157) Vgl. Dolde, "Die politischen Rechte...", S. 52/53.
- 158) Einen solchen Menschenrechtskern nimmt Herzog in: Maunz-Dürig-Herzog, Art. 8, Rdnr. 4, 5, 6 und 12 für Art. 8 GG und Maunz in: Maunz-Dürig-Herzog, Art.9, Rdnr. 12 und 23 für Art. 9 GG an. Anders Maunz in: Maunz-Dürig-Herzog, Art. 12, Rdnr. 6 für Art.12 Abs.1 GG: nur Deutschen-Grundrecht.



- 159) So vor allem auch v. Mangoldt-Klein, Art. 11, Anm. II, 3, (S. 344).
- 160) Ebenso Merten S. 83. Dürig in: Maunz-Dürig-Herzog, Art. 11, Rdnr. 119 betrachtet das Asylrecht des Art. 16 Abs. 2 GG zwar für einschlägig, aber zum Schutz des Menschenwürdegehalts des Freizügigkeitsrechts für nicht ausreichend.
- 161) Vgl. BVerfGE 9, 174 (180) und die in Anm. 195 angeführte Literatur.
- 162) Dürig in: Maunz-Dürig-Herzog, Art. 11, Rdnr. 119 verneint, daß das Asylrecht des Art. 16 Abs. 2 S. 2 GG ein Recht auf Aufenthaltsbegründung verleiht.
- 163) Siehe dazu die in Anm. 211 angegebene Literatur.
- 164) Vgl. Merten S. 83.
- 165) Kanein, Komm. § 43 Anm. A 1, Marxen, Komm., § 43, Anm. 1.
- 166) Maunz in: Maunz-Dürig-Herzog, Art. 16, Rdnr. 43, vgl. auch Lange S. 11; Kimminich in "Asylrecht", S. 33 und in BK, Art. 16, Rdnr. 92.
- 167) Kimminich "Asylrecht", S. 33 ff.; Berber in: Evang. Staatslexikon, S. 77.
- 168) Vgl. Kimminich "Asylrecht", S. 36; Berber in: Evang. Staatslexikon S. 77.
- 169) Berber in: Evang. Staatslexikon S. 77 spricht von "territorialem Asyl".
- 170) Kimminich "Asylrecht", S. 33 und in BK, Art. 16, Anm. 93.
- 171) Vgl. Lange S. 11.
- 172) Berber, I, S. 390 bis 391; Kimminich "Asylrecht", S. 46, 49, 51 und in BK, Art. 16, Rdnr. 98, 99, 100, 101. In Rdnr. 62 ist darauf hingewiesen, daß eine ältere Rechtslehre aus Gründen der Verbrechens-

bekämpfung eine grundsätzliche Pflicht der Staaten annahm, flüchtige Verbrecher an ihre Herkunftsländer auszuliefern. v. Frisch S. 191 und 197; Langhard, Fremdenausweisung" S. 7; v.d. Heydte S. 286; Bluntschli S. 225, Heffter-Geffken, S. 140 mit Einschränkungen; Lange S. 11; Dahm, I, S. 279, 501 (2); v. Overbeck S. 79; Schmitt, BayVBl. 64, S. 33; Doebling ZaöRV Bd. 26, S. 34; einschränkend Maunz in: Maunz-Dürig-Herzog, Art. 16, Rdnr. 43; widersprüchlich Schieder-mair, Komm., S. 36, wenn er zuerst anerkennt, daß das Asylrecht seinen Ursprung im Völkerrecht und hier zum Inhalt hat, daß ein Staat im Verhältnis zu anderen Staaten berechtigt ist, einem Ausländer Asyl zu ge-währen, aber dann doch das völkerrechtliche Asylrecht nicht zu den allgemeinen Regeln des Völkerrechts zählt.

- 173) Dahm, I, S. 279 und 500; Langhard, "Fremdenausweisung", S. 13, 15 u. 16; v. Overbeck S. 79; Heffter-Geffken S. 140; Bluntschli S. 228; Guggenheim S. 319; Lange S. 11 ff. (20); v.d. Heydte S. 286; Maunz in: Maunz-Dürig-Herzog, Art. 16, Rdnr. 43; Kimminich in "Asylrecht" S. 49 und in BK, Art. 16 Rdnr. 100 und 101. A.A. Accioly S. 290: "Es entspricht allgemeinem Brauch, jeder Person, die in ihrem Heimatstaat verfolgt wird, das Recht zuzuerkennen, unter gewissen Umständen in einem fremden Staat Zuflucht zu suchen und zu finden."
- 174) Vgl. die ausführliche Schilderung der Entstehungsge-schichte bei Kimminich in BK, Art. 16, Rdnr. 103 bis 107. Im gleichen Sinn Dahm, I, S. 279.
- 175) Siehe hierzu ausführlich Kimminich in BK, Art. 16, Rdnr. 103 bis 107 und in "Asylrecht" S. 45/46. Dahm, I, S. 500/501.
- 176) BVerwGE 3, 171 (175). Vgl. Dürig in: Maunz-Dürig-Her-zog, Art. 1 Abs. II, Rdnr. 56 und die dort angegebene Literatur; Doebling, "Asylrecht und Staatsschutz", S. 33 (34).
- 177) Vgl. Kimminich, "Asylrecht", S. 49/50.
- 178) Berber, I, S. 392, 394, 395. A.A. anscheinend Kimmi-nich, "Asylrecht", S. 51, welcher eine allgemeine völ-kerrechtliche Regel der Nichtauslieferung politischer Flüchtlinge im Sinne einer Asylgewährungspflicht anzu-nehmen scheint. Derselbe in BK, Art. 16, Rdnr. 68.
- 179) So mit Recht Berber, I, S. 391/392 und S. 394 (5).

- 180) Dahm, I, S. 279; Berber, I, S. 392; Maunz in: Maunz-Dürig-Herzog, Art. 16, Rdnr. 41.
- 181) Es handelt sich dabei meist um bilaterale Verträge; es sind aber auch schon multilaterale Abkommen geschlossen worden, so z. B. das panamerikanische Auslieferungsabkommen von Montevideo v. 26.12.1933 (vgl. bei Dahm, I, S. 278).
- 182) Kimminich, "Asylrecht", S. 51; Dahm, I, S. 275; Berber, I, S. 390/391.
- 183) Berber, I, S. 393.
- 184) Maunz in: Maunz-Dürig-Herzog, Art. 16 GG, Anm. 41; Berber, I, S. 394 ff.; Dahm I, S. 281.
- 185) Vgl. Berber, I, S. 395; Kimminich, "Asylrecht", S. 52 und in BK, Art. 16, Rdnr. 69.
- 186) Kimminich, "Asylrecht", S. 52, und in BK, Art. 16, Rdnr. 69.
- 187) Dahm, I, S. 279, 280; Berber, I, S. 396; Doehring, "Allgemeine Regeln ..." S. 63, FN 205: Auf die Verletzung des innerstaatlichen Rechts könne der Betroffene sich selbstverständlich berufen und Gerichtsschutz fordern.
- 188) Kimminich in "Asylrecht", S. 65, 121; ders. in JZ 72, 257 (258); ders. in BK, Art. 16, Rdnr. 175; Marxen, Komm., § 28 Anm. 8; Franz, "Das Asylrecht im Schatten...", DVBl. 66, 623 (625); Wollenschläger BayVBl. 73, 460. A.A. offenbar BVerwG [E 4, 238 (241): "...GK v. 28.7.1951 ... in der sich eine große Zahl von Staaten untereinander verpflichtet haben, unter bestimmten Voraussetzungen Flüchtlingen Asyl zu gewähren". Zumindest unklar BVerwGE 4, 235 (237): "Diese Konvention regelt den Umfang des Asylrechts, das bestimmten Gruppen politischer Flüchtlinge zu gewähren ist (vgl. Art. 1 der Konvention)". Vgl. auch BayObLG, DvBl. 64, 588 (589).
- 189) Kimminich, "Asylrecht", S. 72.
- 190) VGH Württ. Baden, DöV 49, 457; BGH NJW 53, 392; offengelassen in BGH, NJW 55, 1365; Maunz in: Maunz-Dürig-Herzog, Art. 16 GG, Rdnr. 43; Kimminich in "Asylrecht", S. 71 ff., sowie in BK, Art. 16, Rdnr. 112 bis 115; Hamann/Lenz, Art. 16, Anm. 5 a; Lange S. 20: "Demgegenüber haben gewiß die Verfasser des GG ein echtes subjektives Asylrecht schaffen wollen, aber sie haben dabei noch nicht das allgemeine Völkerrecht im ganzen

hinter sich." Grützner S. 594 ff.; Doebling in:  
"Asylrecht und Staatsschutz", S. 35; Lerche S. 199;  
Franz DVBl. 66, 623 (625). A.A. nur Meyer S. 91.

- 191) Kimminich in: BK, Art. 16, Rdnr. 117 und in: "Asylrecht" S. 74/75; Lerche, S. 199 FN 1.
- 192) Maunz in: Maunz-Dürig-Herzog, Art. 16, Rdnr. 44; Kimminich in: BK Art. 16, Anm. 117.
- 193) Maunz in: Maunz-Dürig-Herzog, Art. 16, Rdnr. 44.
- 194) So mit Recht Doebling "Asylrecht und Staatsschutz" S. 36.
- 195) Vgl. auch BVerwG DVBl. 63, 147; BGH NJW 61, 739. Ebenfalls für eine weite Auslegung des Begriffes "politisch Verfolgter": Maunz in: Maunz-Dürig-Herzog, Art. 16, Rdnr. 45; Schmitt, BayVBl. 64, 33 (34); Hamann/Lenz, Art. 16 GG, Anm. 5a;
- 196) So Doebling in: "Die allgemeinen Regeln ...", S. 55 und FN. 175.
- 197) Kimminich in: "Asylrecht", S. 121 (2); ders. in JZ 72, 257 (258). Franz DVBl. 66, S. 623 (625).
- 198) Kimminich in: "Asylrecht" S. 121; ders. JZ 72, 257 (258).
- 199) BayObLG, DVBl. 64, 588 (9) spricht von Asylrecht nach der Flüchtlingskonvention.
- 200) BGH NJW 55, 1365; Schmitt, BayVBl. 64, 33 (34); Doebling in: "Asylrecht und Staatsschutz", S. 37.
- 201) Hierzu näher S. 273 ff. im Zusammenhang mit der Behandlung des Problems der immanenten Schranken des Asylrechts.
- 202) BVerwGE 4, 235 (237 f.); E 4, 238 (241 f.); OVG Berlin, B. v. 28.9.1960, Bd. 6, 159 (161); vgl. den diesbezüglichen Hinweis von Maunz in: Maunz-Dürig-Herzog, Art. 16, Rdnr. 46.
- 203) Kloesel-Christ, Komm., B.1.2., Anm. 1 zu Art. 1 Abschn. A der Genfer Konvention. Es handelt sich um die sog. statuarien Flüchtlinge, d. h. diejenigen, die auf Grund bestimmter Vereinbarungen aus der Völkerbundszeit oder nach der Satzung der am 1.3.1952 aufgelösten Internationalen Flüchtlingsorganisation (IRO) als Flüchtlinge gelten, vgl. Kimminich in: BK, Anm. 166 zu Art. 16.

- 204) Kloesel-Christ, Komm. B.1.2., Anm. 2 zu Art. 1 Abschn. A der Genfer Konvention.
- 205) A.A. Kloesel-Christ, Komm., § 28 Anm. 2, welche den früheren Stichtag der Genfer Konvention als alleinigen Unterschied ansahen. A.A. im gleichen Sinne auch Marxen, Komm., § 28, Anm. 20.
- 206) BVerfGE 9, 174 (181); BayObLG, DVBl. 64, 588 (589); OVG Berlin, B. v. 28. Sept. 1960, Bd. 6, 159 (161); Maunz in: Maunz-Dürig-Herzog, Art. 16, Anm. 46; Kanein, Komm., § 28, Anm. A. 1; Schiedermaier, Komm., § 28 Anm. 1; BVerwG DVBl. 63, 145 nimmt die Deckungsgleichheit als Regel an; ebenso Weißmann, Komm., § 28, Anm. 2; Franz, DVBl. 66, 623 (627); Schmitt, BayVBl. 64, 33 (34); Lerche S. 203; Hamann/Lenz, Art. 16, Anm. 5a; Grützner S. 602.
- 207) OVG Berlin, B. v. 28. Sept. 1960, Bd. 6, 159 (161). Wohl auch Lerche S. 203, wenn er der Genfer Konvention diesbezüglich nur individuelle Bedeutung für Art. 16 Abs. 2 S. 2 GG beimißt.
- 208) Grützner S. 602; Hamann/Lenz, Art. 16, Anm. 5a. v. Mangoldt-Klein, Art. 16 Anm. V 1 b, (S. 500).
- 209) BVerwG E 4, 238 (242); Franz DVBl. 66, 223 (627); Marxen, Komm., § 28, Anm. 20.
- 210) BVerfGE 9, 174 (181); OVG Berlin, B. v. 28. Sept. 1960, Bd. 6, S. 159 (161); VG Berlin, U. v. 19.12.1961, IR 62, 317 (318): Der Ausländer muß zumindestens dartun können, daß er wegen eines Verhaltens verfolgt wird, das Ausdruck politischer Anschauung ist, sei es auch nur die Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen oder politischen Gruppe oder das weltanschauliche Bekenntnis selbst, das die Maßregeln des Verfolgerstaates auslöst. Maunz in: Maunz-Dürig-Herzog, Art. 16, Rdnr. 45, fordert für Art. 16 Abs. 2 S. 2 GG ebenfalls keine Verfolgung wegen einer Überzeugung, sondern hält eine Verfolgung wegen einer Tat, der eine politische Überzeugung zugrunde liegt, für ausreichend; Lerche S. 203 fordert nicht einmal, daß der Tat eine politische Überzeugung zugrunde liegen muß. Franz DVBl. 66, 623 (627); Kanein, Komm., § 28, Anm. A 1 und 3.
- 211) Maunz in: Maunz-Dürig-Herzog, Art. 16, Rdnr. 43 und in DStR, S. 35; Marxen, Komm., § 28, Anm. 4; Kimminich "Asylrecht", S. 73/74 und in BK Art. 16, Rdnr. 144, 146; Hamann Lenz, Art. 16, Anm. 5a; Schmitt, BayVBl. 64, 33 (35); Berber in: Evang. Staatslexikon, S. 78. Württ.-Bad. VGH, DÖV 49, 457 nimmt nur ein



Verbot von Auslieferung und Ausweisung an, nicht jedoch ein subjektiv öffentliches Recht auf Einreise.

- 212) Württ.-Bad. VGH, DÖV 49, 457; Maunz, DStR, S. 35, Hamann/Lenz, Art. 16, Anm. 5b.; Schmitt, BayVBl., 64, 33 (35). Vgl. v. Mangoldt-Klein, Art. 16, Anm. V, 2, d (S. 503/504).
- 213) BayVGH, BayVBl. 73, 439 unter Hinweis auf Kloesel-Christ, Komm., § 28, Anm. 2.
- 214) Kimminich, JZ 72, 257 (259) hält die Formulierung für ungeschickt.
- 215) Hiervon kann es nur eine Ausnahme für den (wohl theoretischen) Fall geben, daß ein Ausländer zwar die Flüchtlingseigenschaft nach der Genfer Konvention, nicht aber zugleich diejenige des politisch Verfolgten im Sinne von Art. 16 Abs. 2 S. 2 GG erfüllen sollte (dieser Fall wird von Kimminich in: BK Art. 16, Rdnr. 176 nicht für möglich gehalten): einem solchen Flüchtling würde dann ein Asylrecht ohne Grundrechtsqualität nach § 28 Nr. 1 AuslG eingeräumt. Zumindest unklar Schiedermaier, Komm., § 28, Anm. 1.
- 216) Weißmann, Komm., § 37 Anm. 4. A.A. Marxen, § 28, Anm. 8, welcher der Anerkennung in Hinblick auf die Asylgewährung konstitutive Wirkung zuspricht.
- 217) Auch Maunz in: Maunz-Dürig-Herzog, Art. 16, Rdnr. 50 hält es für zulässig, daß der Rechtsanspruch des Asylsuchenden im rechtlichen Verfahren nach §§ 28 ff. AuslG verfolgt werden muß.
- 218) Maunz in: Maunz-Dürig-Herzog, Art. 16 GG, Rdnr. 49.
- 219) BGH St. 3, 392 (393); Marxen, Komm., § 28 Anm. 6.
- 220) Schmitt BayVBl. 64, 34 (5).
- 221) Zu weitgehend Schiedermaier, Komm. § 44 Anm. 5, wenn er nur eine deklaratorische Wirkung des § 44 Abs. 1 AuslG annimmt, da das Ausländergesetz das Gesetz, durch das die Genfer Konvention in innerdeutsches Recht transformiert wurde, hätte abändern können, vgl. Anm. 140.
- 222) Schiedermaier, Komm., § 44 Anm. 6 spricht insoweit von konstitutiver Wirkung des § 44 Abs. 2 AuslG.

- 223) A.A. Kloesel-Christ, Komm., § 44 Anm. 4 und 5, welche einen Unterschied zwischen beiden Flüchtlingsgruppen nach Wegfall der Zeitschranke nicht mehr anerkennen.
- 224) Grützner, "Auslieferungsverbot...", S. 584 und in: Strupp-Schlochauer, I, S. 115; v. Mangoldt-Klein, Art. 16, Anm. IV 2a (S. 494 (495)).
- 225) BVerfGE 10, 136 (139); BGH St. 12, 262 (264); Maunz in: Maunz-Dürig-Herzog, Art. 16, Rdnr. 39;
- 226) Es findet auch auf Staatenlose Anwendung, Kimminich in: BK, Art. 16, Rdnr. 66. Kimminich in: BK, Art. 16, Hamann/Lenz, Art. 16, Anm. 4
- 227) Kimminich in: BK, Art. 16, Rdnr. 157; v. Mangoldt-Klein, Art. 16, Anm. V 1 b (S. 499).
- 228) Kimminich in: BK, Art. 16, Rdnr. 157; v. Mangoldt-Klein, Art. 16, Anm. V 1 b (S. 499). A.A. Mettgenberg-Doerner, Komm., S. 270.
- 229) BVerfGE 9, 174 (180/181), BGH St 3, 392 (393); zustimmend Maunz in: Maunz-Dürig-Herzog, Art. 16, Rdnr. 45; v. Mangoldt-Klein, Art. 16, Anm. V 1 b, (S. 499/500); Lange S. 17 ff. (19); Grützner "Auslieferungsverbot..." S. 597, 598, 602; Schieder-mair, Komm., § 3 DAG, Anm. 2 (S. 388).
- 230) BVerfGE 9, 174 (181 f.); E 15, 249 (351/352).
- 231) Die Möglichkeit einer Auslieferung bejahen: BGH St 8, 58 (64); Mettgenberg-Doerner, Komm., S. 270; Doebling, "Asylrecht...", S. 39, 40; Kimminich in: BK, Art. 16, Rdnr. 159 bis 161 und in "Asylrecht", S. 163 ff. sowie Schieder-mair, Komm., § 3 DAG, Anm. 2 (S. 388) halten eine Auslieferung für zulässig.
- 232) BVerfGE 6, 32 (41); E 27, 1 (6); vgl. Dürig in: Maunz-Dürig-Herzog, Art. 1 Abs. 1, Rdnr. 4 und die dort FN 1 angegebene Literatur; Maunz, DStR, S. 120; v. Mangoldt-Klein, Anm. III, 2, S. 147/148. A.A. Nipperdey, Die Grundrechte II, S. 11 ff.
- 233) Hamann/Lenz, Art. 16, Anm. 6 und die dort angegebene Literatur.
- 234) Dürig in: Maunz-Dürig-Herzog, Art. 1 Abs. 1, Rdnr. 16.
- 235) Hamann/Lenz, Art. 16, Anm. 6 und die dort angegebene Literatur.

- 236) BVerfGE 1, 104; 1, 332 (348); BGH NJW 61, 1397 ff;  
BGH NJW 71, 2035; BayVGHE n.F. 3, 109; 8, 57; vgl.  
Maunz, DStR, S. 119; Wintrich, BayVBl. 57, 139.
- 237) Vgl. Dahm, I, S. 278 und dort: FN 19.
- 238) Maunz in: Maunz-Dürig-Herzog, Art. 25, Rdnr. 29  
und Anm. 140.
- 239) Berber, I, S. 104/105; Dahm, I, S. 56; Kimminich  
in: BK, Art. 16 GG, Rdnr. 156.
- 240) Maunz in: Maunz-Dürig-Herzog, Art. 25, Rdnr. 30;  
Berber, I, S. 106.
- 241) Richtig Kimminich in: BK, Art. 16, Rdnr. 156.
- 242) Im Ergebnis ebenso Marxen, Komm., S. 41.
- 243) Dürig in: Maunz-Dürig-Herzog, Art. 2 Abs. 1,  
Rdnr. 17 ff.
- 244) BVerfGE 6, 32 (LS. 3).
- 245) Ebenso Dolde S. 60/61 und Merten S. 83, FN 9.
- 246) BVerfGE 19, 206 (225) unter Hinweis auf EG, 32 (37);  
E 10,55 (58).
- 247) Dolde S. 61.
- 248) Merten S. 83; Zuleeg S. 363.
- 249) Im Ergebnis ebenso Merten S. 83.
- 250) Isensee DVBl. 74, 74 (76), LS. 9a; Merten S. 83  
unter Berufung auf Bachof, GR III/1, S. 155 (178);  
Zuleeg S. 363; vgl. auch Über, "Freiheit des Berufs",  
1952, S. 88, 89. Schmidt-Bleibtreu in: Maunz-Sigloch-  
Schmidt-Bleibtreu-Klein, BVerfGG, § 90, Rdnr. 21.
- 251) Vgl. die gegen dieses Urteil gerichtete Kritik von  
Schwabe, NJW 74, 1044 ff.
- 252) Maunz, DStR, S. 145 verneint die Anwendbarkeit des  
Art. 19 Abs. 2 GG auf Art. 2 Abs. 1 GG.
- 253) Dürig, AöR 81, 117 (136); BVerwGE 6 134 (141) und  
BGHZ 22, 167, (176).

- 254) Zuleeg, DÖV 73, 361 (366).
- 255) Vgl. Zuleeg DÖV 73, 366 (FN 80) und Anm. 150, welche die abweichende Auffassung Schiedermairs wiedergibt.
- 256) Im Ergebnis ebenso BVerwG E 3, 235 (236), allerdings in einem Rückschluß aus Art. 11 GG.
- 257) Hierauf verweist Schwabe, NJW 74, 1044 (5)
- 258) Ebenso Dolde NJW 74, 1043.
- 259) Vgl. bei Schiedermair S. 94.
- 260) So wohl auch Weißmann, Komm., § 1 Anm. 2b, wenn er § 1 AuslG den Charakter einer materiellen Norm und insbesondere einer Auslegungsregel für die §§ 2 bis 46 AuslG abspricht.
- 261) So auch Schiedermair, Komm., § 1, Anm. 1; Marxen, Komm., § 1 Rdnr. 2.
- 262) So aber Kanein, Komm., S. 24 und Schiedermair, Komm., § 1, Anm. 1.
- 263) So auch Weißmann, Komm., § 1, Anm. 2b.
- 264) Vgl. Schiedermair, Komm., S. 96
- 265) v. Frisch S. 119; Schiedermair, Komm., S. 96
- 266) Mißverständlich Kanein, Komm., § 2 Anm. A.1., wenn er von zwei tatsächlich gesonderten Vorgängen spricht.
- 267) Vgl. Schiedermair, Komm., S. 96
- 268) Vgl. zur Änderung der Rechtslage Kanein, Komm., § 2 Anm. A.1.; Kloesel-Christ, Komm., § 2 Anm. 1; Marxen, Komm., § 2 Rdnr. 2. Der Wortlaut der amtlichen Begründung ist bei Schiedermair, Komm., § 2 Anm. 2 abgedruckt.
- 269) Kloesel-Christ, Komm., § 2 Anm. 1, Kanein, Komm., § 2 Anm. D.1.
- 270) Kanein, Komm., § 2 Anm. D.3.
- 271) Beispiel bei Schiedermair, Komm., § 2 Anm. 13
- 272) Kanein, Komm., § 2 D.1.; Marxen, Komm., § 2 Anm. 38.

- 273) Ebenso Schiederemair, Komm., § 2 Anm. 16
- 274) So auch Marxen, Komm., § 7 Anm. 22
- 275) So aber Marxen, Komm., § 7 Anm. 22
- 276) So aber Kloesel-Christ, Komm., § 7 Anm. 8
- 277) Vgl. Marxen, Komm., § 7 Anm. 19
- 278) Ebenso amtliche Begründung (bei Schiederemair, Komm., § 7 Anm. 2, sowie Schiederemair, Komm., § 7 Anm. 10. A.A. Kloesel-Christ, Komm., § 7 Anm. 8; Marxen, Komm., § 7 Anm. 22; wohl auch Kanein § 7, B.6 sowie Nr. 22 der AuslVwv zu § 7 AuslG.
- 279) Siehe Kloesel-Christ, Komm., § 2 Anm. 4; Marxen, Komm., § 7 Anm. 19
- 280) Schiederemair, Komm., S. 107
- 281) Schiederemair, Komm., § 5 Anm. 5, erkennt einen Rechtsanspruch auf Entscheidung nicht an.
- 282) Zu weitgehend jedoch, wenn Schiederemair, Komm., § 5 Anm. 5 nicht einmal eine Pflicht zu sachlichem Eingehen auf den Antrag anerkennt.
- 283) Siehe Schiederemair a.a.O. S. 124
- 284) Vgl. Marxen § 5 Anm. 6
- 285) Der Text der deutsch-spanischen Vereinbarung ist bei Kloesel-Christ B 2.4 abgedruckt.
- 286) Vgl. Kanein, Komm., § 5 Anm. B.1
- 287) Kloesel-Christ, Komm., § 20 Anm. 11
- 288) OVG Berlin, U.v.11.9.1968 - 1 B 72/67 - abgedruckt bei Schüler/Wirtz, AuslG § 5 Nr. 2
- 289) OVG Berlin, U.v.11.9.1968 - 1 B 72/67 - abgedruckt bei Schüler/Wirtz, AuslG § 5 Nr. 2
- 290) Weißmann, Komm., § 5 Anm. 3
- 291) Marxen, Komm., § 5 Anm. 9
- 292) Marxen, Komm., § 5 Anm. 7; Kloesel-Christ, Komm., § 5 Anm. 3a



- 293) Marxen, Komm., § 5 Anm. 8
- 294) Vgl. Marxen, Komm., § 10 Anm. 6
- 295) Ebenso Stein, MDR 68/189
- 296) Ebenso Marxen, Komm., § 21 Anm. 8; Stein, MDR 68/190
- 297) Vgl. die in Anm. 288 zitierte Entsch. des OVG Berlin.
- 298) Vgl. hierzu OVG Münster, Beschlüsse v. 27.9.65 und 18.11.65, abgedruckt bei Schüler-Wirtz, APVO § 5 Nr. 39 und APVO § 5 Nr. 40, sowie OVG Lüneburg, NJW 70, 1515 (1517)
- 299) Ebenso Rose, JZ 71/721 (723), welcher diese Folge auch für den Fall bejaht, daß der Ausländer auch in seinem Heimatland keine ausreichende wirtschaftliche Grundlage findet.
- 300) Vgl. H.J. Wolff, I, § 48 -II- a und b
- 301) Schiedermaier, Komm., § 2 Anm. 6
- 302) Kloesel-Christ, Komm., § 2 Anm. 2; Marxen, Komm., § 2 Anm. 20; Schiedermaier, Komm., § 2 Anm. 7
- 303) Vgl. die Definition des VAs in § 27 Abs. 1, EVwVerfG 1963: "Verwaltungsakt ist jede Verfügung, Entscheidung oder andere hoheitliche Maßnahme, die eine Behörde zur Regelung eines Einzelfalls auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts trifft und die auf unmittelbare Rechtswirkung nach außen gerichtet ist."
- 304) Vgl. Eyermann-Fröhler, § 42 Anh., Anm. 6; Mayer, Allg. VerW, S. 87; Mang-Maunz-Mayer-Obermayer, S. 196.
- 305) Vgl. aml. Begründung zu § 23 AuslG, abgedr. bei Schiedermaier, Komm., § 23, Anm. 2; Marxen, Komm., § 2 Anm. 22; Stein MDR 68, 189, welcher allerdings, jedoch zu eng, die VA-Eigenschaft nur deshalb annimmt, weil mit der Versagung die vorläufige Legitimierung des Aufenthalts nach § 21 Abs. 3 S. 1 AuslG wieder entfällt.
- 306) BVerwG, DVBl. 70, 628 (629/630); Kloesel-Christ, Komm., § 2 Anm. 2
- 307) A.A. Schiedermaier, Komm., § 23 Anm. 8
- 308) So auch OVG Münster DÖV 65, 774

- 309) Vgl. Eyermann-Fröhler, § 42 Anm. 35, 36 und 37
- 310) Ebenso OVG Münster DÖV 65, 774/775; Marxen, Komm., § 2 Anm. 22 sowie amtl. Begründung zu § 23 (abgedr. bei Schiedermaier, Komm., § 23 Anm. 2)
- 311) BVerwG, BayVBl. 70, 137; BayVGh, NJW 70, 1012 (3); OVG Münster, VRspr. 7 Nr. 118; Eyermann-Fröhler, § 114, Anm. 10; kritisch Majer, ZRP 69, 125 ff.
- 312) BayVGh, BayVBl. 70, 368
- 313) BVerwG in BayVBl. 70, 137; BayVGh, BayVBl. 70, 368; VGh Bad.Württ., DÖV 68, 493; OVG Rheinl.-Pfalz, DÖV 66, 207 (209) in einem Vergleich APVO AuslG. Die amtl. Begründung führt aus: "... daß Ausländer keinen Anspruch auf Einreise und Aufenthalt im Bundesgebiet haben." Angerer BayVBl. 65, 325 (326); Kloesel-Christ, Komm., § 2 Anm. 2; Kanein, Komm., § 2 Anm. A 1 und 2; derselbe in "Neues Fremdenrecht", NJW 67, 1058; derselbe in "Aktuelle Fragen des neuen Fremdenrechts", DVBl. 66, 617; Marxen, Komm., § 2 Anm. 7; Weißmann, Komm., S. 40; Schiedermaier, Komm., § 2 Anm. 8; Doebling, "Neuregelung...". S. 486.
- 314) BVerwG, NJW 56, 1046/1047; VGh Bad.-Württ., ESVGh 5, 191 (193); VGh Bad.-Württ., VRspr. 10, 206; VGh Stuttgart, DÖV 54, 223; OVG Koblenz, DÖV 56, 380; OVG Rheinl.-Pfalz, DÖV 66, 207 (208/209); Doebling, "Die allg. Regeln" S. 168 sowie in "Neuregelung..." S. 486; Kanein, Komm., § 2 Anm. A.2; Stern BayVBl. 56, 141.
- 315) Wenn Rittstieg, NJW 72, 2153 (2155) die BRD als Einwanderungsland bezeichnet, so meint er damit lediglich die Tatsache, daß die zuständigen Behörden von der in ihrem Ermessen stehenden rechtlichen Befugnis, die Einwanderung zu unterbinden, nicht Gebrauch gemacht haben. Er erkennt aber ebenfalls an, daß es rechtlich nicht präjudiziert ist, ob die tatsächlich erfolgte Einwanderung ihren Fortgang nehmen soll.
- 316) BVerwG, U.v. 20.8.70, abgedr. in Schüler-Wirtz, AuslG § 7 Nr. 7; E 36, 45 (51); Maunz in: Maunz-Dürig-Herzog, Art. 73, Rdnr. 59.
- 317) BVerwG, U.v. 20.8.70, abgedr. bei Schüler-Wirtz AuslG § 7 Nr. 7 (S.266). BayVGh, NJW 70, 1012 (1014) mit zustimmender Anmerkung von Wirtz in NJW 70, 2177 ff.; VG Berlin, U.v. 13.11.69, abgedr. bei Schüler-Wirtz, AuslG § 7 Nr. 5 (S.255); Kloesel-Christ, Komm., § 2 Anm. 3; Marxen, Komm., § 4 Anm. 13; Kanein, Komm., § 1, Anm. 3b, sowie § 2 Anm. C 3.

- 318) BayVGh, NJW 70, 1012 (1013); OVG Münster, NJW 72, 1635; Angerer S. 326; Kloesel-Christ, Komm., § 2 Anm. 3; Marxen, Komm., § 2 Anm. 14; Weißmann, Komm., § 2 Anm. 4; Kanein, Komm., § 2 Anm. B 1; Schiedermair, Komm., § 2 Anm. 8
- 319) BayVGh, NJW 70, 1012(1013)
- 320) Amtl. Begründung zu § 2 (bei Schiedermair, Komm., § 2, Anm. 2); Kanein, Komm., § 2 Anm. C.2a; Marxen, Komm., § 2 Anm. 15; Schiedermair, Komm., § 2 Anm. 10; Weißmann, Komm., § 2 Anm. 5a
- 321) So im Ergebnis wohl auch Schiedermair, Komm., § 2 Anm. 10, der zwar von örtlich begrenzten Belangen spricht, als Beispiel dann aber Interessen Berlins oder des Ruhrgebiets, Bedürfnisse landwirtschaftlicher Bezirke oder des Grenzlandes nennt.
- 322) So vor allem Franz in ZRP 1970, 229 ff., dessen Kritik am Ausländergesetz als einem "der rückständigsten Gesetze der Nachkriegszeit", im übrigen aber in vielen Punkten als im hohen Maße überzogen bezeichnet werden muß.
- 323) Vgl. BVerwGE 18, 247 (250), wonach der Begriff "Beinträchtigung öffentlicher Belange" in § 35 Abs. 2 BBauG verfassungsrechtlich unbedenklich sei.
- 324) Ebenso BVerfG, U.v.30.10.56 in DVBl. 57, 200 (202/203), bezogen auf den Begriff "sonstige erhebliche Belange" in § 7 Abs. 1 lit.a des Paßgesetzes; Rose JZ 71, 722. Wenn auch in der Begründung widersprüchlich, so doch im Ergebnis ebenso Klinkhardt DVBl.65, 467 (470). So auch BVerfG, B.v.18.7.73, NJW 74, 227 zu § 10 Abs.1 Nr.11 AuslG. Ebenso M-DH, Art.20, Anm.90. Ebenso Maunz/Dürig in: Maunz-Dürig-Herzog, Art.20, Rdnr.90).
- 325) Amtl.Begründung zu § 2 (abgedr.bei Schiedermair, Komm., § 2, Anm. 2); OVG Münster, NJW 72, 1635; Kanein, Komm., § 2 Anm. C.2); Schiedermair, Komm., § 2 Anm.10; Kloesel-Christ, Komm., § 2 Anm. 3; Weißmann, Komm., § 2 Anm. 5a;
- 326) Schiedermair, Komm., § 2 Anm.10; Kloesel-Christ, Komm., § 2 Anm.3; Angerer S. 326; Kanein in "Aktuelle Fragen des neuen Fremdenrechts" DVBl.66, S. 617; AuslGVwv Nr. 4 zu § 2 AuslG.
- 327) Weißmann, Komm., § 10 Anm. 13b.

- 328) Vgl. z.B. Kloesel-Christ, Komm., § 10 Anm. 15
- 329) BVerfG, U. v. 30.10.1956, DVBl. 57, 200 ff. (203); BVerwGE 3, 171 ff. (176)
- 330) So BVerwGE 3, 171 ff. (176)
- 331) Überlegungen in ähnlicher Richtung stellt Marxen, Komm., § 2 Anm. 15 an.
- 332) Kanein, Komm., § 2 Anm. C 2.a; Kloesel-Christ, Komm., § 2 Anm. 3; Weißmann, Komm., § 2 Anm. 5a.. Im selben Sinn auch AuslGVwv Nr. 4 zu § 2. Auch Marxen, Komm., § 2 Anm. 15;
- 333) Vgl. z.B. Art. 2 S. 1 des bayerischen Polizeiaufgabengesetzes (PAG):  
"Die Polizei hat die Aufgabe,... bei der Aufrechterhaltung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung durch Abwehr von Gefahren und durch Unterbindung und Beseitigung von Störungen mitzuwirken."
- 334) Ebenso Weißmann, Komm., § 2 Anm. 5a
- 335) Vgl. die Definition des Begriffes "konkrete Gefahr" bei Samper, Kommentar zum bayerischen PAG, Art. 2, Rdnr. 26, 28 u. 29.
- 336) Kanein, Komm., § 2 Anm. C 2a; Kloesel-Christ, Komm., § 2 Anm. 3, unter unrichtiger Berufung auf OVG Berlin, DÖV 67, 353.
- 337) So im Ergebnis auch OVG Berlin, DÖV 67, 353 im Falle des begründeten Verdachts der nachrichtendienstlichen Tätigkeit für den Geheimdienst eines Ostblockstaates.
- 338) Ebenso Schiedermair, Komm., § 2 Anm. 10; Weißmann, Komm., § 2 Anm. 5c; Kloesel-Christ, Komm., § 2 Anm. 3;
- 339) Vgl. Angerer, BayVBl. 65, 325 (326); Kanein, "Aktuelle Fragen", DVBl. 66, 617; Schiedermair, Komm., § 2 Anm. 10;  
Kloesel-Christ, Komm., § 2 Anm. 3; VGH Bad.-Württ., BaWü Verwalt.Blätter 69, 30 (31); auch Hess VGH, DVBl 66, 648, wenn er ausführt "Eine derartige Beeinträchtigung (der Belange der BRD) ist vor allem dann zu besorgen, wenn die in § 10 Abs. 1 genannten Gründe für eine Ausweisung gegeben sind." Allerdings widersprüchlich, wenn er dies anschließend als Grund für die Versagung der AE im Ermessenswege bezeichnet.  
Weißmann, Komm., § 2 Anm. 5c.

- 340) Vgl. OVG Berlin, JZ 71, 650; insbesondere Marxen, Komm., § 2 Anm. 16. Vgl. auch Weißmann in "Die Polizei" 1968, S. 47/48 ("Neue Probleme..."), wo er im Gegensatz zur in seinem Kommentar vertretenen Auffassung die Ansicht äußert, daß dann die in § 10 Abs. 1 AuslG genannten Belange i.d.R. beeinträchtigt würden, wenn die pflichtgemäße Ausübung des Ermessens zur Ausweisung führen müßte. Unhaltbar, da in diesem Fall eben ausgewiesen und nicht nur die Aufenthaltserlaubnis versagt werden muß.
- 341) Dieser Gedanke taucht auch beim BVerfG, U. v. 30.10. 1956, DVBl 57, 200, in Bezug auf § 7 Abs. 1, lit. a PaßG auf.
- 342) Kanein in: "Aktuelle Fragen", DVBl. 66, 617
- 343) Ebenso Kloesel-Christ, Komm., § 6 Anm. 2
- 344) Vgl. Marxen, Komm., § 6 Rdnr. 20; Kloesel-Christ, Komm., § 6 Anm. 4; Schiedermaier, Komm., § 6 Anm. 12, hält sogar in jedem Fall eine Verbotsverfügung für erforderlich. Vgl. auch Angerer, S. 328 und Kanein, Komm., § 6 Anm. B.5.
- 345) Ebenso rücken Kanein, "Aktuelle Fragen...", S. 617 (619), Dolde S. 371 und Heuer S. 75 ff. den Gesichtspunkt der Verhältnismäßigkeit des Mittels in den Mittelpunkt der Abwägung hinsichtlich der Wahl des Mittels. Der Auffassung von Weißmann, Komm., § 6 Anm. 6, daß ein Ausländer, der sich unzulässigerweise im Sinne des § 6 Abs. 2 und 3 AuslG unerlaubt betätigt, grundsätzlich auszuweisen ist, kann nicht gefolgt werden. Hiergegen auch Heuer S. 76.
- 346) Marxen, Komm., § 6 Anm. 24
- 347) So Marxen, Komm., § 6 Anm. 20; Heuer a.a.O. S. 77
- 348) Ebenso: OVG Münster, U. v. 13.1.70, DÖV 70, 344 (345); Klinkhardt, "Die politische Meinungsfreiheit", DVBl. 467 (468); ebenso Angerer, BayVBl. 65, 327 (328). Ebenso Marxen, Komm., § 6 Anm. 3. Ebenso Kloesel-Christ, Komm., § 6 Anm. 3. Ebenso Weißmann, Komm., § 6 Anm. 6.
- 349) Anders wohl Kanein, "Aktuelle Fragen..." S. 619, welcher bei der Verlängerung der Aufenthaltserlaubnis auch hier Verfügungen nach § 6 Abs. 2 und 3 AuslG für möglich zu halten scheint und die Verlängerung der Aufenthaltserlaubnis in das Ermessen stellt.



- 350) OVG Münster, NJW 72, 1635 (der Entscheidung kann jedoch im einzelnen nicht gefolgt werden); Kloesel-Christ, Komm., § 10 Anm. 15, Marxen, Komm., § 10 Anm. 38.
- 351) OVG Münster, U. v. 13.1.1970, bei Schüler-Wirtz, AuslG § 6 Nr. 2; Marxen, Komm., § 6 Anm. 10, Kloesel-Christ, Komm., § 6 Anm. 2; Weißmann, Komm., § 6 Anm. 5, AuslGVwv zu § 6 Nr. 3.
- 352) Schiedermair, Einführung in das bayerische Polizeirecht, § 6 Abs. 1, 1.; Samper, PAG, Art. 2, Rdnr. 15, 22; Drews-Wacke, § 5, 2. (S. 63/64); Mang-Maunz-Mayer-Obermayer, S. 393.
- 353) Vgl. Samper, Art. 2, Rdnr. 16; Drews-Wacke § 5, 3. (S. 65).
- 354) So Schiedermair, Komm., § 10 Anm. 24; Kloesel-Christ, Komm., § 2 Anm. 3.
- 355) Schiedermair, Komm., § 10 Anm. 24
- 356) Beides ist der Sache nach streng zu unterscheiden, vgl. Maunz in: Maunz-Dürig-Herzog, Art. 21, Rdnr. 37, FN. 1
- 357) Vgl. Maunz in: Maunz-Dürig-Herzog, Art. 21, Rdnr. 36, sowie in DStR, S. 87. Zu eng Schiedermair, Komm., § 6 Anm. 8, welcher nur die Parteien und die Verfassungsorgane hierunter rechnet.
- 358) Maunz in: Maunz-Dürig-Herzog, Art. 21, Rdnr. 37
- 359) Ebenso Weißmann, Komm., § 6 Anm. 5
- 360) Weißmann, Komm., § 6 Anm. 5; Kloesel-Christ, Komm., § 6 Anm. 2; Schiedermair, Komm., § 6 Anm. 8; Kanein, Komm., § 6 B.3.c.; Marxen, Komm., § 6 Anm. 11
- 361) Vgl. Schiedermair, Komm., § 6 Anm. 10; Kloesel-Christ, Komm., § 6 Anm. 5
- 362) Vgl. hierzu Kimminich, AschVR 10.Bd. (1962), S.132 ff.
- 363) Kanein, Komm., § 6, B. 5.; Marxen, Komm., § 6 Anm. 15
- 364) Ebenso Wirtz in einer Anm. zu U.d.BayVG v. 4.6.69 (NJW 70, 1012) in NJW 70, 2177 (2178).
- 365) BayVGh, NJW 70, 1012; VG Berlin, U. v.10.1.66, zitiert bei Marxen, Komm., § 2 Anm. 15; Kanein, Komm.,

- § 2 Anm. C. 3. Kloesel-Christ, Komm., § 2 Anm. 3.; Wirtz in Anm. zum U. des BayVGH v. 4.6.69 (NJW 70, 1012), in NJW 70, 2177;
- 366) VG Bremen, NJW 71, 1004; Marxen, Komm., § 2 Anm. 15
- 367) Ausnahmen in diesem Sinne erkennt auch Kanein, Komm., § 2 Anm. C. 3. sowie Wirtz in seiner Anm. in NJW 70, 2177.
- 368) OVG Berlin, JZ 71, 650; VGH Bad.-Württ., U. v. 14.7.69, bei Wirtz AuslG § 6 Nr. 1; OVG Münster, U. v. 13.1.70; bei Wirtz AuslG § 6 Nr. 2; Schiedermaier, Komm., § 2 Anm. 10 sowie § 10 Anm. 24; Marxen, Komm., § 10 Anm. 38; Klaus-Christ, Komm., § 2 Anm. 3 und § 10 Anm. 15; Weißmann, Komm., § 25.
- 369) Ebenso VG Bremen, NJW 71, 1004
- 370) Vgl. Schiedermaier, Komm., § 10 Anm. 24
- 371) Kloesel-Christ, Komm., § 2 Anm. 3 nehmen zwar hier einen "Belang der BRD" an, sprechen aber dann nur von dem Grundsatz, daß der Ausländer das Land zu verlassen hat.
- 372) So mit Recht VG Bremen, NJW 71, 1004.
- 373) Ebenso Marxen, Komm., § 25 Anm. 2.
- 374) OVG Münster, NJW 54, 1821 (2); OVG Berlin, JZ 71, 650, GewArch 60, 290 (1); VGH Kassel, DVBl 66, 646; VG Bremen, NJW 71, 1004; Kloesel-Christ, Komm., § 2 Anm. 3; Marxen, Komm., § 10, Rdnr. 38; Schiedermaier, Komm., § 2 Anm. 10 (Vorbeugung gegen Arbeitslosigkeit Deutscher); Weißmann, Komm., § 2 Anm. 5a.
- 375) In diesem Sinne wohl auch Kanein, Komm., § 2 Anm. C, 8., welcher die vorherige Zusicherung der Arbeitserlaubnis für die Erteilung der Aufenthaltserlaubnis als wesentlich bezeichnet.
- 376) A.A. offenbar Rittstieg, "Aktuelle Fragen...", NJW 72, 2153 (2157), der diesbezüglich eine alleinige Kompetenz der Arbeitsämter anzunehmen scheint.
- 377) Es kommt auf die tatsächliche Vollziehung der Abschiebung, nicht auf die Abschiebungsandrohung an (vgl. Weißmann, Komm., § 15 Anm. 1., und Marxen, Komm., § 15 Rdnr. 3), weil in Ausnahmefällen von einer Androhung auch abgesehen werden kann, § 13

Abs. 2 S. 4 AuslG. A.A. anscheinend Kanein,  
"Aktuelle Fragen..." DVBl 66, 617 (620).

- 378) OVG Münster, DÖV 69, 468. Kanein, "Aktuelle Fragen..." DVBl 66, 617 (619); Schieder-mair, Komm., § 15 Anm. 1; Kloesel-Christ, Komm., § 15 Anm. 1; Marxen, Komm., § 15, Rdnr. 2.; Weißmann, Komm., § 15 Anm. 1.
- 379) Vgl. Kloesel-Christ, Komm., § 15 Anm. 1, Schieder-mair, Komm., § 15 Anm. 8, Weißmann, Komm., § 15, Anm. 1.
- 380) Zu eng und mit dem Wortlaut des Gesetzes nicht vereinbar Schieder-mair, Komm., § 15 Anm. 9, wenn er nur eine nachträgliche Befristung zulassen will.
- 381) Kloesel-Christ, Komm., § 15 Anm. 2; Marxen, Komm., § 15, Rdnr. 4.
- 382) So mit Recht Schieder-mair, Komm., § 15 Anm. 9. Hier-gegen spricht auch nicht die Entscheidung des OVGs Münster, DÖV 69, 468, da sie lediglich ausspricht, daß die Versagung einer Befristung ermessensfehler-haft sein kann, wenn eine Ausweisung jetzt nicht mehr angeordnet werden könnte.
- 383) So mit Recht Schieder-mair, Komm., § 15 Anm. 9., Kloesel-Christ, Komm., § 15 Anm. 3.; Marxen, Komm., § 15 Rdnr. 4; Kanein, Komm., § 15, Anm. B 2.; Kanein, "Aktuelle Fragen...", DVBl 66, 617 (620).
- 384) Schieder-mair, Komm., § 15 Anm. 10; Marxen, Komm., § 15 Anm. 5.
- 385) Im gleichen Sinne Schieder-mair, Komm., § 2 Anm. 10 und § 18 Anm. 8.
- 386) Gaerte in: Strupp-Schlochauer, II, S. 745;
- 387) Gaerte in: Strupp-Schlochauer, II, S. 745; Marxen, Komm., § 3 Anm. 3; Schieder-mair, Komm., § 3 Anm. 7; Maunz in: Maunz-Dürig-Herzog, Art. 73, Rdnr. 58.
- 388) Gaerte in: Strupp-Schlochauer, II, S. 745; Marxen, Komm., § 3 Anm. 3; Dahm, I, S. 525.
- 389) Vgl. Gaerte in: Strupp-Schlochauer, II, S. 746; Marxen, Komm., § 3 Anm. 3.
- 390) Maunz in: Maunz-Dürig-Herzog, Art. 73, Rdnr. 58; Marxen, Komm., § 3 Anm. 3, Schieder-mair, Komm., § 3 Anm. 1.

- 391) Maunz in: Maunz-Dürig-Herzog, Art. 73, Rdnr. 58; Marxen, Komm., § 3 Rdnr. 3; Schiedermair, Komm., § 3 Anm. 7.
- 392) Marxen, Komm., § 3 Anm. 7.
- 393) Marxen, Komm., § 3 Anm. 7; AuslGVvv Nr. 4 zu § 3 AuslG.
- 394) Gaerte in: Strupp-Schlochauer, II, S. 746; Weißmann, Komm., § 3 Anm. 2b.. A.A. Schiedermair, Komm., § 3 Anm. 7.
- 395) Diesen Grund für die gesetzl. Einführung des Instituts "Fremdenpaß" nennt Marxen, Komm., § 3 Anm. 7.
- 396) BayVGh, DÖV 67, 826. Weißmann, Komm., § 4 Anm. 2.
- 397) Vgl. BayVGh, DÖV 67, 826. Marxen, Komm., § 4 Rdnr. 13; Kanein, Komm., § 4, Anm. A 1.; Weißmann, Komm., § 4 Anm. 4a;
- 398) Marxen, Komm., § 4 Anm. 12.
- 399) BayVGh, DÖV 67, 826.
- 400) So vor allem Weißmann, Komm., § 4 Anm. 4a.
- 401) So die amtliche Begründung (abgedr. bei Schiedermair, Komm., § 4 Anm. 2) und ihr folgend Kanein, Komm., § 4 Anm. A 2.
- 402) So OVG Berlin, DÖV 67, 354.
- 403) So OVG Berlin, DÖV 67, 354 (5); Marxen, Komm., § 9 Anm. 3; Weißmann, Komm., § 2 Anm. 5d.; wohl auch Kanein, Komm. § 2 Anm. C. 1. und Kanein, "Neues Fremdenrecht...", NJW 67, 1057 (8); Widersprüchlich Schiedermair, Komm., § 9 Anm. 8, wenn er auf der einen Seite den Besitz eines Passes nicht als formelle Voraussetzung für die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis ansieht (Komm. § 3 Anm. 1) und andererseits bei Verlust eines Passes den Wegfall einer wesentlichen Voraussetzung für die Zulassung eines Ausländers in der BRD annimmt.
- 404) Vgl. amtliche Begründung zu § 3 und Bericht des Innenausschusses zu § 3 (beide abgedruckt bei Schiedermair, § 3 Anm. 2 und 3); Weißmann, Komm., § 3 Anm. 1; Kanein, Komm., § 3 Anm. A.

- 405) Kloesel-Christ, Komm., § 9 Anm. 1; Schiedermaier, Komm., § 9 Anm. 8.
- 406) OVG Berlin, DÖV 67, 354 (5).
- 407) A.A. Kloesel-Christ, § 2 Anm. 3, welche die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis auch dann für möglich halten, wenn Belange der BRD beeinträchtigt sind, falls die Ablehnung gegen Normen übergeordneten Rechts verstoßen würde.
- 408) Vgl. zum Begriff: Wolff, I, § 43 II b und § 49 II b; Drews-Wacke, S. 318.
- 409) BVerwG, BayVB1 70, 137/138; Kloesel-Christ, § 2 Anm. 3
- 410) Wolff, I, § 49 II b.; Eyermann-Fröhler, § 42 Anh. Anm. 22.
- 411) Vgl. Wolff § 49 II a; Roellecke, DÖV 68, 333 (340); Mayer, S. 89; Krüger in DVBl 55/518(522): "Die Auflage ist ... ein Mittel, der Notwendigkeit einer Versagung der Genehmigung dadurch zu entgehen, daß man die Sachverhalte beseitigt, die der Tatbestand des Gesetzes zu Versagungsgründen gestempelt hat." Vgl. auch § 28 II Muster Entwurf 63.
- 412) So BVerwG, BayVB1 70, 137 (8), wenn es ausführt, daß eine solche Erlaubnis "erteilt werden muß, wenn durch Auflagen die Wahrung der öffentlichen Belange sichergestellt werden kann." Dies bedeutet nichts anderes, als daß mögliche Nebenbestimmungen erlassen werden m ü s s e n , wenn dadurch die gesetzlichen Voraussetzungen der Erlaubnis erfüllt werden.
- 413) So BVerwG, BayVB1 70, 137 (8); Kloesel-Christ, Komm., § 2 Anm. 3 A.A. Wolff § 49 II b, welcher aus dem Übermaßverbot folgert, daß eine freie Erlaubnis unter Nebenbestimmungen ergehen muß, wenn dadurch ihre Versagung zu vermeiden ist.
- 414) Vgl. BVerwG, BayVB1 70, 137; BayVGh, NJW 70, 1012 (3); (Vgl. hierzu insbesondere Mayer ZRP 69, 125.); vgl. auch die in Anm. 313 genannte Rechtsprechung und Literatur.
- 415) OVG Berlin, DÖV 67, 353; OVG Rheinl. Pfalz, DÖV 66, 207/209; BayVGh, NJW 70, 1012 (3); BayVGh, BayVB1 70, 368; Marxen, Komm., § 2 Anm. 8; Amtl. Begr. (abgedr. bei Kloesel-Christ unter § 2); Schiedermaier, Komm., § 2 Anm. 8; Weißmann, Komm., § 2 Anm. 7b;



- 416) Schiedermaier, Komm., § 2 Anm. 8; Weißmann, Komm., § 2 Anm. 7b.
- 417) Kannein, Komm., § 1 Anm. 4 und in "Aktuelle Fragen...", DVBl 66, 617 (8)
- 418) VGH Stuttgart, GewArch 60, 290; Hess.VGH, DVBl 66, 646; VG Bremen, NJW 71, 1004.
- 419) OVG Münster, NJW 54, 1822; VGH Stuttgart, GewArch 60, 290, HessVGH, DVBl 66, 646; VG Bremen, NJW 71, 1004.
- 420) VG Bremen, NJW 71, 1004  
OVG Münster, OVGE 24, 29
- 421) Schiedermaier, Komm., § 2 Anm. 8. Vgl. auch OVG Berlin, DÖV 67, 353:  
"Der begründete Verdacht der nachrichtendienstlichen Tätigkeit für den Geheimdienst eines Ostblockstaates rechtfertigt es, eine AE zu versagen. Nicht glaubhaft gemachte, leere Vermutungen sind allerdings keine ausreichende Grundlage für eine Ermessensentscheidung."
- 422) Zustimmend Makarov S. 71/72 sowie Lichter-Hoffmann, § 8, Anm. 22 RuStG.
- 423) In diesem Sinne, allerdings noch unter der Geltung der Ausländerpolizeiverordnung (APVO) und des Paßgesetzes für Ausländer, OVG Münster, DÖV 65, 774 (775).
- 424) So Franz, DVBl 65, 457/466. Vgl. Amtl. Begründung bei Schiedermaier, Komm., § 88 (9).
- 425) BVerw, DÖV 72, 98; Weißmann, Komm., § 2 Anm. 7a; Kanein, Komm., § 1 Anm. A 3 und § 2 Anm. C. 3.
- 426) BayVGH, BayVBl 70, 368.
- 427) BVerwGE 3, 235 (6).
- 428) BVerwGE 4, 298 (300); E 7, 237 (238). OVG Rheinl. Pfalz, DÖV 66, 207 (9); Weißmann, Komm., § 2 Anm. 7a.
- 429) Vgl. OVG Münster, OVGE 10, 295 und Marxen, Komm., § 2 Anm. 12.
- 430) Vgl. Marxen, Komm., § 2 Anm. 12
- 431) Vgl. VGH Stuttgart, GewArch 1960, 290 und Marxen, Komm., § 2 Anm. 12.

- 432) BVerfGE 24, 104 (109).
- 433) BVerfGE 3, 225 (242); E 10, 59.
- 434) BVerwG, NJW 73, 2077.
- 435) BVerfGE 24, 104 (109); E 28, 104 (113); Maunz in: Maunz-Dürig-Herzog, Art. 6, Rdnr. 17; Hamann-Lenz, Art. 6 Anm. A. 3.
- 436) BVerfGE 19, 394 (396) unter Hinweis auf E 7, 198 (205), E 17, 108 (117).
- 437) BVerwGE 36, 45 (48).
- 438) Ebenso § 2 AuslGVwv Nr. 4a (neu eingefügt).A.A. OVG Berlin DVBl 72, 280 (283), jedoch vor den neuen Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts und des Bundesverfassungsgerichts (BVerwG, U. v. 3.5.1973, NJW 73, 2077 ff; BVerfG, B. v. 18.7.1973, NJW 74, 227 ff.). Zu eng Kloesel-Christ, Komm., § 2, Anm. 3, welche Art. 6 GG durch die Vorbehaltsschranken des Art. 2 Abs. 1 GG eingeengt sehen und das Ausländergesetz unter die verfassungsmäßige Ordnung im Sinne der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts E 6, 32 ff. rechnen. Wenn das Ausländergesetz gebiete, daß Belange der BRD nicht beeinträchtigt werden dürfen, dann hätten Ehe und Familie zurückzutreten. Kloesel-Christ a.a.O. übersehen aber, daß der Schutz von Ehe und Familie ein Staatsinteresse mit Verfassungsrang darstellt. Das Bundesverfassungsgericht geht in ständiger Rechtsprechung davon aus, daß für Art. 6 GG die auf Grundrechtseinbrüche zugeschnittenen Bestimmungen der Art. 2 Abs. 1 GG und Art. 19 Abs. 2 GG keine Anwendung finden können (BverfGE 31, 58 (68 ff.)).
- 439) Maunz in: Maunz-Dürig-Herzog, Art. 6, Rdnr. 16; Hamann/Lenz, Art. 6, Anm. B. 1. A.A. Krüger-Breitzke-Nowack, Gleichberechtigungsgesetz, 1958, Einleitung, Rdnr. 211, wonach alle Hausgemeinschaften, welche durch Verwandtschaft oder Schwägerschaft verbunden sind, geschützte Familien darstellen sollen. Für Kleinfamilie: BVerfGE 10, 59 (66), wonach Familie die umfassende Gemeinschaft von Eltern und Kindern ist; VGH Bad.-Württ., U.v. 20.12.1971, DÖV 72, 322(3); KG, MDR 70, 591 (562).
- 440) Maunz in: Maunz-Dürig-Herzog, Art. 6, Rdnr. 4.

- 441) BayVGh, U. v. 16.11.1966, abgedr. bei Schüler-Wirtz, AuslG § 2 Nr. 3 S. 181 ff., wobei allerdings die Notwendigkeit der Anwendung des Art. 6 Abs. 1 GG offenbar aus einer "Unterstützungs- und Freundschaftsklausel" in der Präambel der deutsch-spanischen Anwerbevereinbarung v. 23.1.61 (Banz. Nr. 219 v. 14.11.61) entnommen wird. Auch OVG Münster, zitiert in einem Urteil des Bundesverwaltungsgerichtes (BVerwG, U. v. 3.5.1973, DÖV 73, 859 (861)). Diese Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts läßt die Anwendbarkeit des Art. 6 Abs. 1 GG offen, entscheidet aber im Ergebnis ebenso durch Anwendung des Sozialstaatsprinzips. A.A. VGh Bad.-Württ., U. v. 20.12.1971, DÖV 72, 322 /3), welcher, zu eng, nur auf die unmittelbaren Grundrechtsträger abstellt.
- 442) Doebling "Neuregelung...", S. 482;
- 443) Der jeweilige Wortlaut findet sich bei Kloesel-Christ, Komm., B. 6.
- 444) So auch BayVGh, BayVBl 70, 368 (9).
- 445) Kloesel-Christ, Komm., § 2 Anm. 3; B. 6. 1. Art. 1 Anm. 1; B. 6. 2. 3. Anm. 2; B. 6. 2. 8. Art. 1 Anm. 3. BVerwG, BayVBl 70, 137 (8); OVG Lüneburg, NJW 70, 1515. BayVGh, GewArch 68, 45; BayVGh, BayVBl 70, 368. Weißmann, Komm., § 2 Anm. 15 b.
- 446) Vgl. auch Isay S. 122; Marxen, Komm., Anlage zu § 2, Anm. 78; Meyer-Marsilius, NJW 61, 713 (4).
- 447) So BayVGh, BayVBl 70, 368; Kloesel-Christ, Komm., B. 6. 2. 3. Anm. 4 zu Art. 1. deutsch-pers. NAK
- 448) Mit Ausnahme der Arbeitnehmer; für sie wird meist ausnahmslos auf die innerstaatlichen Normen zurückverwiesen und nur infolge einer gewissen, unbeanstandet gebliebenen Dauer des Aufenthalts treten Verbesserungen auf Grund des Vertrages ein, vgl. Art. 8 dt.gr. NAK.
- 449) BVerwG, BayVBl 70, 137 (i), BayVGh, OVG Rheinl.Pf., U.v. 30.6.69, abgedr. bei Schüler-Wirtz, AuslG § 7 Nr. 4; GewArch 68, 45 und GewArch 69, 284.
- 450) BVerwG, BayVBl.70, 137 (139) und in MDR 71, 158;
- 451) BayVGh, GewArch 68, 45 nimmt eine Ermessensbindung durch die Wohlwollensklausel an. Man wird aber auch

- 452) So BVerwG, BayVB1. 70, 137 (8); BayVGh, GewArch 68, 45 und BayVB1. 70, 368 (370); OVG Rheinl. Pfalz, U.v. 30.6.1969 abgedr. bei Schüler-Wirtz, AuslG § 7 Nr. 4; Kloesel-Christ Komm. B 6.2.8. Nr. 3 zu Art. 7 des Dt.griech. NAK.
- 453) Vgl. Anm. 451
- 454) Vgl. Anm. 452
- 455) Vgl. Anm. 452
- 456) So auch BayVGh, BayVB1.70, 368 (370) in Anschluß an das BVerwG, BayVB1.70, 137.
- 457) A.A. BVerwG, BayVB1.70, 137 ff, sowie BayVGh, BayVB1.70, 368 (370).
- 458) BayVGh, GewArch 68, 245; Kloesel-Christ, Komm., B.6.2.6 Anm. 1 zu Art. 2 NAK zwischen der BRD und der Dominikanischen Republik sowie B.6.2.8 Anm. 3 zu Art. 1 Dt.griech.NAK.
- 459) BVerwGE 11, 95 (97), E 16, 214; BVerwG, DVBl. 61, 125 (126) und DVBl.71, 268 (270); BayVGHE n. F. 10, 110 und NJW 70, 1012 (3); OVG Münster, DVBl.58, 659; OVG Hamb., VRspr. 4 Nr. 186 (S. 860); OVG Lüneburg VRspr. 12, Nr. 6 (S. 23 ff.); Mang-Maunz-Mayer-Obermayer S. 164 (5); Eyermann-Fröhler, § 113, Rdnr. 62b.
- 460) BayVGh, NJW 70, 1012 (3) erkennt diese Möglichkeit im Ergebnis an.
- 461) BVerwG, GewArch 59/60, S. 70. Marxen, Komm., § 2 Anm. 11; Franz, DVBl.65, 457 (466). Vgl. allgemein zum Grundsatz der Verhältnismäßigkeit: Eyermann-Fröhler, § 114 Anm. 16.
- 462) Marxen § 2 Anm. 11
- 463) Ebenso AuslGVwv Nr. 7 zu § 2 AuslG, sowie Marxen, Komm., § 2 Anm. 14, Kanein, S. 45 und Weißmann, Komm., § 2 Anm. 4. Einbürgerungsantrag nach § 8 RuStAG zum gleichen Ergebnis, wenn auch mit einer abweichenden Begründung.  
BayVGh, NJW 70, 1012 (1014).
- 464) Marxen, Komm., § 7 Anm. 1; Schiedermaier, Komm., § 7, Anm. 5.
- 465) BVerwG, BayVB1.70, 137 (139) und MDR 71, 158.
- 466) Ebenso Marxen, Komm., § 7 Rdnr. 1.
- 467) siehe Anm. 461 und Marxen, Komm., § 7 Rdnr. 1.

- 468) So BVerwG, MDR 71, 158 (9) für den Fall einer Auflage, welche die Ausübung eines selbständigen Gewerbebetriebs verbietet.
- 469) Vgl. die bei Schiedermaier, Komm., § 7 Anm. 2 abgedruckte amtliche Begründung.
- 470) Ebenso Marxen, Komm., § 7 Anm. 5. Vgl. auch Kloesel-Christ, Komm., § 7 Anm. 3a.
- 471) Ebenso Kloepfer, DVBl.72, 371 ff., 374 (5).
- 472) Kloesel-Christ, Komm., § 7 Anm. 6.
- 473) Vgl. Kloesel-Christ, Komm., § 7 Anm. 6, sowie AuslGVwv Nr. 13 zu § 7.
- 474) So mit Recht Kloesel-Christ, Komm., § 7 Anm. 6.
- 475) So BVerwG, BayVBl.70, 137 (8) und E 36, 45 (47).
- 476) So mit Recht Kloesel-Christ, Komm., § 7 Anm. 6.
- 477) Vgl. Kloesel-Christ, Komm., § 55 Anm. 3.
- 478) Kloesel-Christ, Komm., § 2 Anm. 3; Weißmann, Komm., § 2 Anm. 10a); wohl auch Marxen, Komm., § 2 Rdnr.21.
- 479) BVerwG, DVBl.69, 590; OVG Münster, NJW 72, 1635; VG Bremen, NJW 71, 1004; Kanein, "Aktuelle Fragen..." DVBl.66, 617 (8); Kloesel-Christ, Komm., § 2 Anm. 3; Weißmann, Komm., § 2 Anm. 10a.
- 480) BayVGH, BayVBl.73, 439; Kanein, "Aktuelle Fragen...", DVBl.66, 617 (618 ff.); Ritterstieg, "Aktuelle Fragen...", NJW.72, 2153 (6);
- 481) Kanein, "Aktuelle Fragen...", DVBl.66, S. 617 (8); Kloesel-Christ, Komm., § 2 Anm. 3.
- 482) Eyermann-Fröhler, § 114 VwGO, Anm. 24.
- 483) So Kloesel-Christ, Komm., § 2 Anm. 3, welche auch auf die im Ergebnis gleiche Rechtsauffassung des OVG Nordrhein-Westfalen hinweisen (U.v. 16.8.1972 - IV A 792/71 -).
- 484) So BayVGH, BayVBl.73, 439 f. Kanein, "Aktuelle Fragen...", DVBl.66, 617 (9) und Kloesel-Christ, Komm., § 2 Anm. 3 nehmen offenbar nur eine Ermessenseinengung an, welche die Möglich-



keit der Versagung der Verlängerung aus anderen Ermessenserwägungen offen läßt.

- 485) So aber BayVGh, BayVBl.73, 439 (440).
- 486) So auch Kloesel-Christ, Komm., § 2 Anm. 3 und Kanein "Aktuelle Fragen...", DVBl.66, 617 (8).
- 487) Vgl. BVerwGE 31, 212 (3); 34, 278 (280 ff.); 35, 159 (161); 36, 313 (315); Eyermann-Fröhler, § 114 Anm. 22.
- 488) Im gleichen Sinne, allerdings zur Frage der ebenfalls im Ermessen stehenden Verlängerung eines Fremdenpasses nach § 4I AuslG, OVG Münster, DÖV 70, 347.
- 489) Kloepfer, Kettenverwaltungsakte und Widerrufsvorbehalt in: DVBl 72, 371 ff.
- 490) Kloepfer, DVBl.72, 371 (377).
- 491) So Kloepfer selbst, DVBl.72, 371.
- 492) Vgl. Eyermann-Fröhler, Anm. 35 zu § 42 Anh.
- 493) Marxen, Komm., § 12 Anm. 3; Schiedermaier, Komm., § 12 Anm. 10.
- 494) Allgemeine Meinung, vgl. Kloesel-Christ, Komm., § 12 Anm. 2 und Schiedermaier, Komm., § 12 Anm. 1.
- 495) AuslGVwv Nr. 1 zu § 12.
- 496) Ebenso Kloesel-Christ, Komm., § 12 Anm. 2 unter Berufung auf VGh Bad.-Württ., U.v. 6.8.71 - I 963/69-. Ebenso Marxen, Komm., § 12 Rdnr. 4. Vgl. F. Mayer, Allgem.Verwaltungsrecht, S. 83.
- 497) Vgl. Kloesel-Christ, Komm., § 12 Anm. 2.; Marxen, Komm., § 12 Rdnr. 3; Kanein, Komm., § 12 Anm. B 1.
- 498) Kanein, Komm., § 12 Anm. B 1.
- 499) Vgl. die amtliche Begründung zu § 8 Abs. 1 AuslG (abgedr. bei Kloesel-Christ zu § 8).
- 500) Amtl. Begründung (abgedr. bei Kloesel-Christ § 8).
- 501) Marxen, Komm., § 8 Rdnr. 1 und 2.

- 502) Kloesel-Christ, Komm., § 8 Anm. 1; Marxen, Komm., § 8 Rdnr. 4 unter Hinweis auf § 9 Abs. 1 Nr. 3 AuslG; Schiedermair, Komm., § 8 Anm. 6; Kanein, Komm., § 8, B 1.
- 503) So aber Marxen, Komm., § 8 Rdnr. 4: "Die Frist beginnt mit der Einreise, auf die der ununterbrochene Aufenthalt von mindestens 5 Jahren folgt."
- 504) So mit Recht Schiedermair, Komm., § 8 Anm. 6; Kanein, Komm., § 8 B 1.
- 505) Ungenau Kloesel-Christ, Komm., § 8 Anm. 1, wenn sie fordern, daß schon die Aufenthaltsnahme rechtmäßig erfolgt sein muß. Ähnlich Marxen, Komm., § 8 Anm. 5, der aber zutreffend darauf hinweist, daß ein unrechtmäßiger Aufenthalt rechtmäßig und somit anrechenbar werden kann.
- 506) So auch Kloesel-Christ, Komm., § 8 Anm. 1 unter Hinweis auf eine Entscheidung des OVG Lüneburg, U.v.17.2.70 - II OVG A 129/69 -.
- 507) Vgl. hierzu ausführlich Schiedermair, Komm., § 8 Anm. 8.
- 508) Im Ergebnis ebenso Kloesel-Christ, Komm., § 8 Anm. 1, die aber fälschlicherweise keine Zeitanrechnung vornehmen wollen.
- 509) Allgemeine Meinung: OVG Berlin, DÖV 67, 354 (5). Vgl. Schiedermair, Komm., § 8 Anm. 4 u. 13; Kanein, Komm., § 8 B.3.; Marxen, Komm., § 8 Rdnr. 9.
- 510) Kloesel-Christ, Komm., § 8 Anm. 3; Schiedermair, Komm., § 8 Anm. 4. Einschränkend auch Marxen, Komm., § 8 Rdnr. 9.
- 511) Vgl. die "Grundsätze für die Erteilung einer Aufenthaltsberechtigung" Nr. 32 (bei Kloesel-Christ, Komm., im Anschluß an AuslGVwv.
- 512) Unrichtig Kanein, Komm., § 8 Anm. B.3, welcher eine Abwägung mit privaten Interessen für unzulässig hält.
- 513) OVG Berlin, DÖV 67, 354 (5).
- 514) Kloesel-Christ, Komm., § 8 Anm. 3. Schiedermair, Komm., § 8 Anm. 14.

- 515) So aber Schiedermaier, Komm., § 8 Anm. 14.
- 516) Ebenso Weißmann, Komm., § 8 Anm. 2.
- 517) Marxen, Komm., § 8 Rdnr. 9.
- 518) Kloesel-Christ, Komm., § 9 Anm. 1; Schiedermaier, Komm., § 9 Anm. 4.
- 519) Eyermann-Fröhler, § 80, Anm. 4 bis 7; Tschira-Schmitt-Glaeser, S. 103 ff. Im Ergebnis ebenso Kloesel-Christ, Komm., § 9 Anm. 5, allerdings mit einem im Ergebnis unzutreffenden Hinweis auf BVerwGE 13, 1 ff (5 ff): in dieser Entscheidung wird die Auffassung vertreten, daß gerade die Rechtswirkung eines angefochtenen VAs durch den Rechtsbehelf unberührt bleibt und nur der Vollzug des VAs zu unterlassen sei. Später stellt die Entscheidung aber im Ergebnis doch wieder auf die Rechtswirksamkeit ab.
- 520) Vgl. Eyermann-Fröhler, § 42 Anh., Anm. 34 ff; Mayer, Allg. Verwaltungsrecht, S. 91 ff sowie S. 113 ff.
- 521) Vgl. Schiedermaier, Komm., S. 11 und Kanein, Komm., Einf. C, b.
- 522) Vgl. Schiedermaier, Komm., S. 627 (8).
- 523) Vgl. amtl. Begründung zu § 49 AuslG (abgedruckt bei Schiedermaier, Komm., § 49 Anm. 2), sowie Schiedermaier, Komm., S. 625.
- 524) Vgl. die eingehenden Darlegungen bei Schiedermaier, Komm., S. 625 ff.
- 525) Vgl. Schiedermaier, Komm., § 49 Anm. 5.
- 526) Schiedermaier, Komm., S. 627; Marxen, Komm., § 49. Rdnr. 5.
- 527) Marxen, Komm., § 49 Rdnr. 5.
- 528) Vgl. Richtlinien über die Einreise und den Aufenthalt der Mitglieder diplomatischer Missionen usw. v. 18. Okt. 1968 (GMBI.S. 382), abgedr. bei Kloesel-Christ, Komm., § 49.
- 529) Vgl. die Amtl. Begründung, allgemeine Tat, abgedr. bei Kloesel-Christ unter B.4.6.

- 530) So die amtl. Begründung zu § 1 AufenthG/EWG, abgedr. bei Kloesel-Christ, Komm., unter B 4.6. zu § 1 AufenthG/EWG.
- 531) Vgl. Kloesel-Christ, Komm., B 4.6., Anm. 2 bis 4 zu § 1 AufenthG/EWG.
- 532) Ebenso Kloesel-Christ, Komm., B.4.6. Anm. 1 zu § 2 AufenthG/EWG.
- 533) Vgl. die amtl. Begründungen sowie die Anmerkungen von Kloesel-Christ, Komm., B.4.6 zu §§ 3 bis 7 AufenthG/EWG.
- 534) Immerhin hatte sich Rechtsprechung und Lehre geweigert, der Fassung des § 1 APVO v.22.8.38: "Der Aufenthalt im Bundesgebiet wird Ausländern erlaubt, die ..." einen Rechtsanspruch auf Erteilung einer AE zu entnehmen.
- 535) Abgedruckt bei Kloesel-Christ, Komm., B.7.1.u.2.
- 536) Kloesel-Christ, Komm., § 46 Anm. 1; Marxen, Komm., Rdnr. 1.
- 537) Vgl. Marxen, Komm., § 46 Rdnr. 2.
- 538) Marxen, Komm., § 46 Anm. 3; a.A. offenbar Kloesel-Christ, Komm., Anm. 1 zu Art. 5 Genfer Konvention (B 1.2.).
- 539) BVerwG, U. v. 30.6.64 Buchh. 402.22 Nr. 13 zu Art.1 Genfer Konvention; Kloesel-Christ, Komm., Anm. 1 zu § 1 HAG (B.1.1..
- 540) Marxen, Komm., § 46 Rdnr. 1; Kloesel-Christ, Komm., Anm. 4 zu § 1 HAG.
- 541) Marxen, Komm., Rdnr. 3.
- 542) BVerwGE 3, 77.
- 543) Vgl. BVerfG, B.v. 18.7.1973, NJW 74, 227, wonach auf den Aufenthalt von Ausländern Art. 2 Abs. 1 GG anzuwenden ist.
- 544) Vgl. Menzel, a.a.O. S. 40.
- 545) Vgl. Berber, I, S. 384; Dahm, I, S. 526.
- 546) Dahm, I, S. 526.

- 547) Vgl. Berber, I, S. 384 u. 388; Dahm, I, S. 530; Becker in: Staatslexikon, I, S. 788; Doebling in: Strupp-Schlochauer, I, S. 129; Oppenheim-Lauterpacht, I, § 325: "expulsion is... an order of the Government directing an foreigner to leave the country"; v. Overbeck S. 41 (FN. 109); Kobarg S.1, welcher das Rückkehrverbot nicht für begriffsnotwendig hält.
- 548) Dem Umstand, daß das Gesetz diese Pflichten erst als Rechtsfolge an eine verfügte Ausweisung knüpft, während sie doch eigentlich den Inhalt der Ausweisung ausmachen, darf keine Bedeutung zugemessen werden.
- 549) Kobarg S. 4.
- 550) So § 5 APVO v. 22.8.1983 (aufgehoben durch § 55 Abs. 2 S. 1 AuslG), wodurch die Begriffe Ausweisung und Abweisung zusammengefaßt werden sollten.
- 551) Jellinek S. 1; Marxen, Komm., § 10 Anm. 5.
- 551a) Vgl. die in Anm. 547 genannte Literatur.
- 552) Doebling in: Strupp-Schlochauer S. 129, hält den Begriff "Ausweisung" auch für Anordnungen an eigene Staatsbürger offen, wenn er auch mit Blick auf die Praxis feststellt, daß er grundsätzlich nur Fremde betrifft. In der Frage des möglichen Adressaten einer Ausweisung äußert sich neutral auch v. Overbeck S. 41, FN. 109; Berber, I, S. 387 lehnt die Anwendung des Begriffs "Ausweisung" für Inländer strikt ab und spricht hier ausnahmslos von Verbannung.
- 553) Kobarg S. 3.
- 554) Ebenso Doebling in: Strupp-Schlochauer, S. 129.
- 555) So v. Overbeck S. 41, FN. 109; Doebling in: Strupp-Schlochauer S.129; Schiedermaier, Komm., § 10 Anm.1. A.A. Langhard, "Fremdenausweisung" S. 46:  
"Ausweisung ist die zwangsweise polizeiliche Entfernung eines Einwohners aus dem Staatsgebiet".
- 556) BVerwGE 35, 291 (293); Berber, I, S. 385; Bittermann S. 553 (557); v.d. Heydte S. 285; Oppenheim-Lauterpacht, I, § 325; Dahm, I, S. 528; Becker in "Staatslexikon" S. 788; Isay, S. 200 bezogen auf deutsches Recht; v. Frisch S. 168; v. Martitz S. 12/13; Fleischmann in: Hatscheck-Strupp S. 334. Marxen, Komm., § 10 Rdnr. 4.



- 557) Vgl. BVerwG, MDR, 291 ff.(293/294).
- 558) Dahm, I, S. 528.
- 559) Schiedermaier, Komm., § 10 Anm. 1; Marxen, Komm., § 10 Rdnr. 3; Kloesel-Christ, Komm., § 10 Anm. 1.
- 560) v. Overbeck S. 41, FN. 109; Doebling in: Strupp-Schlochauer S. 129; Kobarg S. 1; Isay S. 247;
- 561) Isay S. 247/248; Kobarg S. 1.
- 562) Kobarg S. 1.
- 563) Dahm, I, S. 531; v.d. Heydte, S. 285/286;
- 564) Vgl. hierzu Grützner, S. 584 ff; Doebling in: Strupp-Schlochauer S. 130; Dahm, I, S. 531; Isay S. 199; v. Frisch S. 186/187; v. Martitz S. 32; Hatschek-Strupp (Stichw. Ausweisung) S. 334 (5); Langhard, "Fremdenausweisung" S.48; Kobarg S. 4/5;
- 565) Diese Pflicht bejahen: Dahm, I, S. 530; Berber, I, S. 388; Oppenheim-Lauterpacht, § 326; Doebling in: Strupp-Schlochauer S. 132; Heffter-Geffken, S.137; Isay S. 202/203;
- 566) Sofern sie nicht früher die deutsche Staatsangehörigkeit besessen haben.
- 567) Bittermann S. 558. A.A. Beutner S. 65, der sich in dieser Frage aber glücklicherweise von staatsrechtlichen Vorstellungen leiten läßt.
- 568) Vgl. v.Martitz S. 20; Bittermann S. 553; Bonfils S. 234 (Anm. 441);
- 569) Berber, I, S. 384; Rivier S. 169; Hatschek-Strupp S. 334; Heffter-Geffken S. 74; Doebling in: Strupp-Schlochauer S. 130;
- 570) v.Martitz S. 20/21
- 571) Bittermann S. 553/554; Heinrichs S. 3 ff (S.3/4); Heffter-Geffken S. 76 FN. 6; wohl auch Doebling, "Allg. Regeln..." S. 60/61, welcher den Staaten freies Ermessen zuspricht.

- 572) Doebling in: Strupp-Schlochauer S. 130; v.Bar S. 293/294; Berber, I, S. 385; Dahm, I, S. 527; Kobarg S. 32; Verdross S. 372; Wengler S. 1002; Seidl-Hohenveldern, Anm. 1174. A.A. Bornhak S. 116.
- 573) Vgl. Beutner S. 67; v.Martitz S. 18/19; Becker in: Staatslexikon S. 788; Franz, DVBl.65, 457 (458); Langhard "Fremdenausweisung" S. 55; Martens S. 339 (§ 87). Vanselow S. 196 = Anm. 174; Bonfils S. 561/562; v.Frisch S. 138 u. S. 162; Berber, I, S. 388/389. A.A. Bittermann S. 555 und Lehmann S. 20/21, welche Massenausweisungen auch im Frieden für zulässig halten.
- 574) v.Martitz S. 20; v.Frisch S. 138; Bornhak S.110 u. S. 166; Langhard, "Fremdenausweisung" S. 55; Heinrichs S. 8, welcher allerdings die objektive Lästigkeit ohne Rücksicht auf das persönliche Verhalten genügen läßt.
- 575) Der BayVGh, (BayVBl.73, 441) nimmt das Vorhandensein eines allgemeinen, im Völkerrecht angesiedelten Rechtsgedankens an, daß ein länger währender Aufenthalt die Ausweisungsmöglichkeit einschränkt (unter Hinweis auf sein Urteil vom 2.7.68 - Nr. 161 VIII 67). Ein zehnjähriger Aufenthalt gelte aber nicht schon als längerer Aufenthalt in diesem Sinne. Auch das OVG Münster (DÖV 62, 622) nimmt eine Besserstellung erst nach 60 Jahren an. Vgl. auch v.Bar S. 295; Bluntschli S. 221 (Anm. 383). A.A. v.Martitz S. 20; FN 7 und Oppenheim-Lauterpacht, § 325: "...it matters not, whether that individual is only on a temporary visit, or has settled down for professional or business purposes on its territory, having taken his domicile thereon." Isay S.214/215.
- 576) Vgl. die Regeln des Instituts de Droit International, Bd. XII, S. 218 ff. und Bd. XI p.282 Annuaire de l'Institut.
- 577) Auch Dahm, I, S. 528, Langhard, "Fremdenausweisung", S. 55 und Bornhak S. 109 ziehen sich auf Formeln wie "öffentliche Sicherheit und Ordnung", "öffentliches Interesse" bzw. "salus publica" zurück. Zu weitgehend Isay S. 203 u. 213, wenn er es für ausreichend hält, daß ein Ausländer sich nur "lästig" gemacht haben muß.

- 578) Verdross, S. 372 fordert eine ernste Störung oder Gefährdung des Aufenthaltsstaates.
- 579) v.Frisch S. 168; Hatschek-Strupp S. 332/333; Langhard, "Fremdenausweisung", S. 55; Heinrichs S. 29 FN.13 und S. 3; Bluntschli S.221.
- 580) Vgl. allerdings für den Fall eines Niederlassungsvertrages Doebling in: Strupp-Schlochauer S. 131.
- 581) Dahm, I, S. 530.
- 582) Dahm, I, S. 528; Berber, I, S. 386; Heffter-Geffken S. 76; Rivier S. 187; Bittermann S.553. Bornhak S. 111 nimmt diese Pflicht nur in zweifelhaften Fällen an.
- 583) So mit Recht Bittermann S. 558.
- 584) Bittermann S. 557/558; Bornhak S. 111; auch v.Bar S. 295/296, wenn auch bedauernd. A.A. Berber, I, S. 386, der geltend macht, daß nur so der Ausgewiesene einen Vorwurf entkräften könne. Auch Dahm, I, S. 529 hält eine Auskunftspflicht zugunsten des Ausländers für "wohl" notwendig, um ihm Erklärungsmöglichkeit zu geben.
- 585) Bittermann S. 558; v.Bar S. 296; Doebling, "Allgem. Regeln..." S. 61; Dahm, I, S. 529; Verdross S.372.
- 586) Verdross S. 371; Rivier S. 187; Doebling, "Allgem. Regeln...", S. 60/61; Kobarg S. 35.
- 587) Hatschek, S. 221.
- 588) Dahm, I, S. 528, 529.
- 589) Isay S. 203; Kobarg S. 32 bis 34.
- 590) Vgl. z.B. Berber, I, S. 386/387.
- 591) So Dahm, I, S. 531; Angerer BayVBl.65, 325 ff. (S. 328, FN. 10); Marxen, Komm., § 10 Rdnr. 9. A.A. Berber, I, S. 386, von seinem Standpunkt der absoluten Unzulässigkeit der Auslieferung politischer Verbrecher wenigstens für den Fall folgerichtig, daß der ausweisende Staat eine Umgehungsabsicht hat. A.A. auch Kobarg S. 34 und wohl auch Fleischmann in: Hatschek-Strupp, S. 335;

- 592) Marxen, Komm., § 10 Rdnr. 9; Fleischmann in: Hatschek-Strupp, S. 335 und Kobarg S. 34, allerdings nur für den Fall, daß materielles Recht einer Auslieferung nicht entgegenstehen würde: sie erkennen aber auch die Nichtauslieferungsklausel eines Niederlassungsvertrages als absolute Auslieferungssperre an.
- 593) Langhard, "Niederlassungsrecht...", S. 110; Hatschek S. 221; Heinrichs S. 12; Guggenheim S. 329.
- 594) Vgl. hierzu ausführlich Wengler, Bd.1, S. 515 ff. und Dahm, II, S. 426 ff; siehe auch Bluntschli S.279 (Anm. 500 Nr. 1).
- 595) Dahm, I, S. 529; Doebling in: Strupp-Schlochauer S. 131 unter nicht zutreffender Verwendung des Ausdrucks Retorsion; Hatschek-Strupp S.337; Bluntschli S.279 (Anm.500 unter d)). v.Martitz S. 19.
- 596) Vgl. Dahm, II, S. 429/430.
- 597) Dahm, II, S. 436. Verdross S. 344 bezieht in den Retorsionsbegriff auch die Beantwortung rechtswidriger Handlungen mit nur unfreundlichen Akten mit ein.
- 598) Isay S. 204/205; Kobarg S. 39.
- 599) Fleischmann in: Hatschek-Strupp S. 338; Isay S.204; Kobarg S. 40.
- 600) Isay S. 204/205; Kobarg S. 40; A.A. Langhard, "Fremdenausweisung", S. 68, wonach es sich der Gesandte selbst zuzuschreiben habe, wenn er mit Gewalt aus dem Staate entfernt wird.
- 601) Isay S. 201, 202; Hatschek S. 222; Kobarg S.40/41; Strupp, S. 36; Bluntschli S. 228 (Anm. 398); v.Martitz S. 34; Accioly S. 290; unentschieden Bittermann S. 556; Berber, I, S. 384 weist auf diese Meinung nur hin.
- 602) Vgl. Langhard, "Fremdenausweisung", S. 56/60.
- 603) So mit Recht Doebling in: Strupp-Schlochauer (Stichw.Ausweisung) S. 2; Fleischmann in: Hatschek-Strupp S. 335; v.Overbeck, S. 79/80; Guggenheim S. 321.

- 604) Bornhak S. 115; Heinrichs S. 4;
- 605) Vgl. Kobarg S.40 ff..
- 606) In Staaten, die das Völkerrecht nicht in ihr innerstaatliches Recht inkorporieren, würde das völkerrechtswidrige Gesetz innerstaatlich wirksam und für Behörden und Gerichte verbindlich sein. Der Staat wäre nur völkerrechtlich zu seiner Aufhebung oder Abänderung verpflichtet, vgl. Verdross S. 361.
- 607) Verdross S. 361; Bornhak S. 111; Bittermann S.554 FN. 3; Heinrichs S. 4; v.Overbeck S. 9.
- 608) Bittermann S. 554 FN. 3.
- 609) Weißmann, Komm., § 10 Anm. 13 1; Kloesel-Christ, Komm., § 10 Anm. 15; Schiedermair § 10, Anm. 24.
- 610) Marxen, Komm., Anm. 11 zu § 10; Schiedermair, Komm., Anm. 6 zu § 10; Kloesel-Christ, Komm., § 5 S. 2 der APVO v.22.8.1938: "Ein Aufenthaltsverbot kann insbesondere gegen einen Ausländer erlassen werden, ..."
- 611) BVerwGE 35, 291 (292).
- 612) Unrichtig Schickedanz NJW 73, 1533 (4), welcher den rechtmäßigen Aufenthalt im Inland als Voraussetzung der Ausweisung bezeichnet, übrigens unter mißverständlichem Hinweis auf Kanein, § 12 Anm.B.1, welcher nur darauf hinweist, daß eine Ausweisung in Hinblick auf die Ausreisepflicht nach § 12 AuslG nicht notwendig sei, nicht aber, daß sie ausgeschlossen sei.
- 613) Vgl. Marxen, Komm., § 10 Rdnr. 6 und Schiedermair, Komm., § 10 Anm. 6; Kloesel-Christ, Komm., § 10 Anm.2.
- 614) BVerwG U.v. 28.1.69, I C 14.68 - abgedruckt bei Schüler-Wirtz AuslG § 10 Nr.15; Marxen, Komm., Rdnr.6 zu § 10; Schiedermair, Komm., § 10 Anm. 6; Kloesel-Christ, Komm., § 10 Anm. 4 f; Weißmann, Komm., § 10 Anm. 7a.
- 615) Maunz in: Maunz-Dürig-Herzog, Art. 21, Anm. 114.
- 616) So auch ausdrücklich Schiedermair, Komm., § 10, Anm. 7 in Verbindung mit § 6 Anm. 11; Marxen, Komm., § 10 Rdnr. 22 in Verbindung mit § 6 Rdnr. 16.



- 617) Vgl. auch BVerfG 5, 85, 140 ff. Im Prinzip zustimmend Maunz in: Maunz-Dürig-Herzog, Rdnr. 114 zu Art. 21 GG; Leibholz-Rink, Rdnr. 15 zu Art. 21 GG; Schmidt-Bleibtreu-Klein, Anm. 6 zu Art. 18 GG. Vgl. auch v.Mangoldt-Klein, Art. 18, Anm. III 4b (S. 533).
- 618) Marxen, Komm., § 10 Rdnr. 22; Schiedermaier, Komm., § 10, Anm. 8; Kloesel-Christ, Komm., § 10 Anm. 5.
- 619) So mit Recht Weißmann, Komm., § 10 Anm. 13a und Marxen, Komm., § 10 Rdnr. 22.
- 620) Vgl. Weißmann, Komm., § 10, Anm. 13a; Kanein, Komm., § 10 Anm. B.1.
- 621) Vgl. Kloesel-Christ, Komm., § 10, Anm. 5; Marxen, Komm., § 10 Rdnr. 22.
- 622) Vgl. hierzu Maunz in: Maunz-Dürig-Herzog, Rdnr. 108, 116, 119 zu Art. 21 GG.
- 623) Weißmann, Komm., § 10 Anm. 13b; Kloesel-Christ, Komm., § 10 Anm. 6; Marxen, Komm., § 10 Rdnr. 24; VGH Bad.-Württ., Bad.WüVerwBl. 69, 30 (31) hält eine Ausweisung für möglich, wenn die Strafaussetzung nicht auf einer günstigen Zukunftsprognose beruht. A.A. Potrykus, JZ 67, 190.
- 624) BVerwG, VRspr. Bd. 20, Nr. 231, S. 847 (848); Kloesel-Christ, Komm., § 10 Anm. 6; Marxen, Komm., § 10 Rdnr. 24; anders noch § 5 Abs. 1 Buchst. b. der APVO v. 22.8.38.
- 625) Marxen, Komm., Rdnr. 27 und Kloesel-Christ, Komm., Anm. 8, jeweils zu § 10 AuslG.
- 626) OVG Rheinl.-Pfalz, DÖV 66, 207 ff.; Kloesel-Christ, Komm., § 10 Anm. 9; Marxen, Komm., § 10 Rdnr. 28.
- 627) OVG Rheinl.-Pfalz, DÖV 66, 207 ff.
- 628) OVG Münster, DÖV 64, 498.
- 629) Kloesel-Christ, Komm., § 10 Anm. 10; Schiedermaier, Komm., § 10 Anm. 18; Marxen, Komm., § 10 Rdnr. 29.
- 630) OVG Münster, DÖV 64, 498.
- 631) Ausführlich Schiedermaier, Komm., § 10 Anm. 19 und Kanein, Komm., § 10 Anm. B. Nr. 7.

- 632) Vgl. Marxen, Komm., § 10 Anm. 32; Schiedermaier, Komm., § 10 Anm. 21.
- 633) Zu eng Hess.VGH, U. v. 21.6.1966, DVBl.66, 648 (649), wenn er bereits die Tatsache einer aktiven Lungentuberkulose, die jederzeit offen und ansteckend werden kann, genügen läßt. Zu eng auch Weißmann, Komm. Anm. 13 i zu § 10.
- 634) Kloesel-Christ, Komm., § 10 Anm. 13 unter Berufung auf BVerwG, U. v. 5.11.1968, NPolArch. 802 Bl.34. Ebenso Schiedermaier, Komm., § 10 Anm. 21 und Marxen, Komm., Rdnr. 32 zu § 10.
- 635) Allgemeine Meinung. Vgl. z.B. Kloesel-Christ, Komm., § 10 Anm. 14.
- 636) Kloesel-Christ, Komm., § 10 Anm. 14.
- 637) Hess.VGH, DVBl.66, 648 (649). Kloesel-Christ, Komm., § 10 Anm. 14.
- 638) BVerfGE 17, 306 (313); E 19, 342 (348 f.); E 20, 331; Leibholz-Rinck, Abschn.III zu Art. 20 GG; Maunz/Dürig in: Maunz-Dürig-Herzog, Art. 20 Rdnr. 58 ff.
- 639) Vgl. Anm. 322.
- 640) BVerfGE 21, 79 unter Hinweis auf E 3, 243; 13, 161; E 5, 85 (112); E 7, 129 (154); E 8, 274 (326); BVerwGE 7, 114 (121); BayVerfGHE n.F. 2, 1 (9); 5, 225 (236 ff.).
- 641) BVerfGE 21, 79; vgl. auch E 27, 8.
- 642) So ausdrücklich BVerfG, B.v. 18.7.73, NJW 74, 227 unter Hinweis auf die zu der ähnlichen Vorschrift des § 7 Abs. 1 lit.a des Gesetzes über das Paßwesen ergangenen Entscheidung E 6, 32 (42 f). Vgl. Anm. 329.
- 643) Ebenso Kloesel-Christ, Komm., § 10 Anm. 15: "Es handelt sich im Gegensatz zu § 2 Abs. 1 S. 2 AuslG nur um solche Belange, die besonders schutzwürdig sind." A.A. Weißmann, Komm., § 10 Anm. 13 I, wonach die Anforderungen an diesen Begriff nicht allzu hoch gestellt werden dürften.

- 644) VGH Mannheim; NJW 69, 2109 (2110); Kloesel-Christ, § 10 Anm. 15; Marxen, Komm., § 10 Rdnr. 38; Kanein, Komm., § 10 Anm. B. 11.
- 645) BVerwG, DVBl. 69, 590 (1); BVerwG, VRspr. 20, 847 (9).
- 646) Schiedermaier, Komm., § 10 Anm. 24.
- 647) Im Gegensatz dazu schreibt § 2 Abs. 1 S. 2 AuslG die Versagung der Aufenthaltserlaubnis bei Beeinträchtigung von "nur" Belangen zwingend vor.
- 648) BVerwGE 35, 291 (293); OVG Rheinl.Pfalz, VRspr. 20, 844 (845); Marxen, Komm., § 10 Rdnr. 11; Weißmann, Komm., § 10 Anm. 7a.
- 649) So insbesondere Schiedermaier, § 10 Anm. 1; auch Kanein, Komm., § 10 Anm. A 4 hält die Ausländerbehörden grundsätzlich für verpflichtet, auszuweisen, wenn ein Tatbestand des § 10 Abs. 1 AuslG vorliegt. Weißmann, Komm., § 10 Anm. 7a hält eine Ausweisung in solchem Fall für regelmäßig gerechtfertigt.
- 650) BVerwGE 35, 291 (292); BayVGH, BayVBl. 74, 195; BVerwG, U. v. 5.3.68, abgedr. bei Schüler-Wirtz S. 284 (285); BVerwG, VRspr. 20, 847 (849).
- 651) BayVGH, BayVBl. 73, 441 (10 Jahre); OVG Münster, NJW 61, 1787 bejaht dies nach 60 Jahren.
- 652) BVerfGE 19, 394 (396) unter Hinweis auf BVerfGE 7, 198 (205), 17, 108 (117).
- 653) BVerfG, NJW 74, 227; BVerfGE 23, 127 (133); E 19, 342 (348 ff.).
- 654) BVerfG, NJW 74, 227; BVerfGE 10, 117.
- 655) BVerfG, NJW 74, 227; OVG Rheinl.Pfalz, VRspr. 20, 844 (845); BVerwG, VRspr. 20, 847 (849); BVerwGE 35, 291 (293); Rittstieg NJW 72, 2153 (2158). BVerfGE 19, 394 (396).
- 656) BVerfG, NJW 74, 227.
- 657) BVerwG, MDR 69, 245; BVerwG, E 35, 291 (293/294). BayVGH, BayVBl. 73, 440 (441).

- 658) BVerwG, NJW 73, 2077 (9).
- 659) BayVGh, BayVBl. 73, 440 (441).
- 660) BVerwG, MDR 69, 245 /246.
- 661) So offenbar BVerwG, MDR 69, 245 (6), ohne aber andere Möglichkeiten ausdrücklich auszuschließen.
- 662) So BVerwG, NJW 73, 2077 (9).  
BVerwG, U.v. 15.1.1970, (JR 1970, 192) (Trunkenheit am Steuer)  
BVerwG, DÖV 73, 414 (5);  
OVG Münster, DÖV 73, 415;  
BVerwG, E 35, 291 (4);  
BayVGh, BayVBl. 73, 440 (1);  
VGh Bad.-Württ., DÖV 67, 352;  
Zustimmend Kloesel-Christ, Komm., § 10 Anm. 6.
- 663) Grundsätzliche Bedenken von Dürig in: Maunz-Dürig-Herzog, Art. 2 Abs. 1, FN. 3, gegen die Unwiderlegbarkeit angesichts der Grundrechte.
- 664) So der BVerwG, VRspr. 20, 847 (849/850). Vgl. auch BVerwG, U.v. 5.3.1968, abgedr. bei Schüler-Wirtz, S. 284 ff.
- 665) BVerfG, NJW 74, 227; BayVGh, BayVBl. 74, 195 (196); Kloesel-Christ, Komm., § 10 Anm. 4; Rittstieg NJW 72, 2153 (2160); auch Marxen, Komm., § 10 Anm. 12, welcher aber doch eine Ausweisung für regelmäßig rechtmäßig hält, wenn ein Tatbestand des § 10 Abs. 1 AuslG vorliegt.
- 666) BVerfGE 6, 71; E 24, 149; Maunz in: Maunz-Dürig-Herzog, Anm. 6 u. 17 zu Art. 6 GG; Hamann-Lenz, Anm. 2 zu Art. 6 GG; Leibholz/Rinck Anm. 1 zu Art. 6 GG; Maunz § 18 I, 2 (S. 153); Maunz, "Die verfassungsrechtliche Gewähr...", FamRZ 56, 1 (2).
- 667) BVerfGE 6, 76; EG 388; E 19, 394 (397); E 24, 119 (135), E 24, 104 (109); BVerwG, NJW 73, 2077; Hamann/Lenz, Art. 6, Anm. 1 und 3; Maunz in: Maunz-Dürig-Herzog, Art. 6, Anm. 6 und 17; Maunz, DStR, S. 153 (§ 18 I 2); Maunz, "Die verfassungsrechtliche Gewähr...", FamRZ 56, 1. A.A. v. Mangoldt-Klein, Art. 6, Anm. III 3.

- 668) BVerfGE 6, 71; E 19, 394 (6); Leibholz-Rinck, Art. 6, Rdnr. 1; Maunz, DStR, S. 153 (§ 18 I 2); Maunz in: Maunz-Dürig-Herzog, Art. 6, Rdnr. 6; Haman/Lenz, Art. 6, Anm. 2.
- 669) BVerfGE 22, 98; Leibholz/Rinck, Art. 6, Anm. 1.; Maunz in: Maunz-Dürig-Herzog, Art. 6, Rdnr. 6.
- 670) BVerfG, NJW 74, 227 (229); E 19, 394 (396/397); st.Rspr.des BVerwGs, vgl. BVerwG, NJW 73, 2077; E 36, 45 (48). Kloesel-Christ, Komm., § 10 Anm. 4a.; Kanein, Komm., § 10 Anm. C. 3.; Weißmann, Komm., § 10, Anm. 6.
- 671) BVerfG, NJW 74, 227 (229); BVerfG, E 19, 394 (396); BVerwGE 36, 45 (48); BVerwG, NJW 73, 2077 (8) (9); BVerwG, B. v23.10.1969, bei Schüler-Wirtz, AuslG § 10 Nr. 22; BVerwG, U.v. 28.1.69, bei Schüler-Wirtz, AuslG § 10 Nr. 15; VGH Mannheim, NJW 70, 2178 (9); HessVGH, DVBl.66, 648 (649); VGH Bad.-Württ., ESVGH 14/III, 156 (7); Kloesel-Christ, Komm., Anm. 4 zu § 10 AuslG; Weißmann, Komm., Anm. 6 zu § 10 AuslG; Kanein, Komm., Anm. C. 3 zu § 10 AuslG; Marxen, Komm., Rdnr. 12 zu § 10 AuslG.
- 672) Ebenso Rose JZ 71, 721 (5); Rittstieg, NJW 72, 993 (4).
- 673) Ebenso Rittstieg, NJW 72, 993.
- 674) Vgl. hierzu OVG Berlin, DVBl.72, 281 (3), welches für eine deutsche Ehefrau die Tropenuntauglichkeit noch nicht genügen läßt, sondern für sie sogar eine Ersatzgegend auszusuchen müssen glaubt: nämlich "auf die Bautschi-Ebene, auf dessen kühlen, den Afrikanern nicht so sehr behagenden Höhen Europäer siedelten, die um die Stadt Dsdws den Zinnbergbau entwickelt haben." Vgl. Kloesel-Christ, Komm., § 10 Anm. 4.
- 675) Gegen eine solche Möglichkeit spricht sich ausdrücklich BVerwG B.v. 3.10.1969 - I B 37/69 (bei Schüler-Wirtz, AuslG § 10 Nr. 22) aus.
- 676) Kritisch äußerten sich Rose, JZ 71, 721 (724/725), Heldmann, Analysen, Zeitschrift zur Wissenschafts- und Berufspraxis, Heft 8/9, 1972, S. 41; Stange, ZRP 71/172 ff.; Schwarze, DÖV 72, 273 ff.(275) und Rittstieg, JZ 71, 113 ff.(116/117) und NJW 72, 993 (4). Ausdrücklich verteidigt wurde die bisherige Rechtsprechung von Schickedanz, NJW 72, 366 ff. und NJW 73, 1533.



- 677) Vgl. BVerwG, NJW 73, 2077 ff.
- 678) BVerfGE 3, 225 (242); E 10, 59.
- 679) BVerwG, NJW 73, 2077.
- 680) So auch BVerfG, NJW 74, 227.
- 681) BVerfGE 19, 394 (398). Art. 6, Abs. 11 GG kommt natürlich nicht in Betracht, wenn die Ehe nur zum Schein geschlossen wurde.
- 682) So auch AuslGVwv zu § 10 Nr. 1a: "Eine Ausweisung von Ausländern, die mit Deutschen verheiratet sind, kommt nur dann in Betracht, wenn die in § 10 Abs. 1 AuslG genannten Gründe im Einzelfall schwer wiegen."
- 683) Unklar BVerwG, NJW 73, 2077 (2079): Hier wird offenbar zunächst ein schwerwiegender Grund gefordert und erst daran anschließend geprüft, ob auch eine polizeiliche Gefahr vorliegt, welcher durch die Ausweisung begegnet werden muß.
- 684) Vgl. Dürig in: Maunz-Dürig-Herzog, Rdnr. 57 - 59 zu Art. 1 Abs. 2 GG.
- 685) Vgl. BVerwGE 3, 58 (61), VGH Bad.-Württ., GewArch 63, 44 (45); Jellinek S. 109 (117), Schiedermaier, Komm., Anm. 4 zu Art. 3 MRK (S. 56); Weißmann, Komm., Anm. 2 zu § 10 AuslG.
- 686) Kloesel-Christ, Komm., Anm. 4b zu § 10 AuslG; Schiedermaier, Komm., Anm. 4 zu Art. 3 MRK (S. 56).
- 687) So auch Schiedermaier, Komm., Anm. 4 zu Art. 3 MRK (S. 56).
- 688) OVG Münster, U.v. 1.10.68, DÖV 69, 469.
- 689) Im Ergebnis ebenso OVG Münster, DLV 69, 469; v. Overbeck S. 4 u. 7. für Niederlassungsanträge.
- 690) OVG Münster, U.v. 1.10.68, DÖV 69, 469; Kanein, Komm., Anm. A. 4. zu § 10 AuslG; Kloesel-Christ, Komm., Anm. 4 e zu § 10 AuslG; Marxen, Komm., Rdnr. 9 zu § 10 AuslG; Jellinek S. 109 (119); Langhard, I, S. 110.
- 691) Ebenso Kloesel-Christ, Komm., § 10 Anm. 4 e; OVG Münster, U.v. 1.10.68, DÖV 69, 469.
- 692) Kanein, Komm., § 10, Anm. A. 4.; Marxen, Komm., Rdnr. 9 zu § 10

- 693) Kanein, Komm., § 10 Anm. A. 4.
- 694) Vgl. Ausschlußbericht zu § 13 AuslG (abgedr. bei Schiedermaier, Komm., S. 171) und Maunz in: Maunz-Dürig-Herzog, Art. 16, Rdnr. 35.
- 695) Vgl. Amtl. Begründung zu § 13 AuslG (abgedr. bei Schiedermaier, Komm., S. 171) und Marxen, Komm., § 13 Rdnr. 2.
- 696) BVerfG, B.v.18.7.1973, NJW 74, 227.
- 697) Ebenso Marxen, Komm., § 13 Rdnr. 8; Schiedermaier, Komm., § 13 Anm. 14; Stein DÖV 65, 553 (4); Kloesel-Christ, Komm., § 13 Anm. 2a. A.A. BayObLG, DVB1. 60 S. 814 (5).
- 698) Abgedruckt bei Kloesel-Christ, Komm., unter B. 5.
- 699) Dann ist für die Ausweisung allein diese Regelung maßgeblich. Das in einer Eingangsbestimmung enthaltene Gebot "...die Gesetze und Verordnungen zu beobachten..." stellt dann bei Nichtbeachtung keinen separaten Ausweisungsgrund dar, kann aber zur Versagung der AE oder deren Verlängerung führen. Das Gebot wird aber meist in einem Ausweisungstatbestand mitberücksichtigt sein. A.A. v. Overbeck S. 57.
- 700) Vgl. Isay S. 253 bis S. 255; Kobarg S. v. Martitz S. 21; Bonfils S. 234; Hatschek-Strupp S. 338; Doebling in: Strupp-Schlochauer, S. 131; v. Overbeck S. 75/76, FN. 214, jedoch mißverständlich S. 40/41; Langhard, "Fremdenausweisung", S. 52. Heilborn S. 77 vertritt abweichend hiervon die Auffassung, daß der Niederlassungsvertrag dem Staat die Beweislast des Überwiegens der staatlichen Interessen über die feststehenden privaten Interessen aufbürdet.
- 701) Kobarg S. 43.
- 702) Diese Gefahr sehen mit Recht Overbeck S. 71 und v. Frisch S. 131/132, welcher aber zu weit geht, wenn er den Begrenzungsaffekt als "illusorisch" bezeichnet.
- 703) So mit Recht Kobarg S. 44; s. auch Anm. 699.
- 704) Kobarg a.a.O.; Bittermann S. 559; Heinrichs S. 5.

- 705) VGH Kassel, NJW 73, 439; OVG Münster, DÖV 73, 415 (6); Kloesel-Christ, Komm., Anm. 6 zu § 12 AufenthG/EWG (B.4.6.) unter Berufung auf Art.3 Abs. 1. der EWG Richtlinie v.25.2.64, welche lautet: "Bei Maßnahmen der öffentl. Ordnung oder Sauberkeit darf ausschließlich das persönliche Verhalten der in Betracht kommenden Einzelperson ausschlaggebend sein" und welche zur Auslegung des § 12 Abs. 3 AufenthG/EWG heranzuziehen ist, obwohl sie keine Rechtsnorm darstellt.
- 706) AuslGVwv zu § 11, Nr. 2, 3 und 4. Kloesel-Christ, Komm., Anm. 2 zu § 11, welcher aber eine Ausnahme macht, wenn Asylantrag offensichtlich aussichtslos. A.A. Marxen, Komm., Rdnr. 5 zu § 11, welcher die Anerkennung nach § 28 Nr. 2 AuslG oder die vor Inkrafttreten des AuslG erfolgte Feststellung des Asylrechts durch die Ausländerbehörden fordert.
- 707) Daß diese Flüchtlinge gemeint sind, ist allgemeine Meinung, vgl. Marxen, Komm., Rdnr. 5 zu / 11, Kloesel-Christ, Komm., Anm. 5 zu § 11, AuslGVwv Nr. 2 zu § 11.
- 708) So auch, bei Gelegenheit der Prüfung des Asylrechts im Abschiebungsverfahren, BayObLG, B.v.23.3.64, DVBl.64, 588. A.A. aber AuslGVwv Nr. 2 zu § 11, Kloesel-Christ, Komm., § 11 Anm. 5; Marxen, Komm., § 11 Rdnr. 5.
- 709) BayVGH, BayVBl.73, 437; AuslGVwv Nr. 2 zu § 11, Kloesel-Christ, Komm., Nr. 5 zu § 11; Marxen, Komm., Rdnr. 5 zu § 11. A.A. Kanein, Komm., B.2. zu § 11, der bei bereits in einem anderen Land anerkannten Flüchtlingen den erwarteten Schutz nicht zuerkennt. Er fordert, daß sie in der BRD anerkannt sein müssen.
- 710) BVerwGE 7, 231 und E 7, 333; BayVGH, BayVBl. 73, 437.
- 711) Kloesel-Christ, Komm., § 11 Anm. 6; Marxen, Komm., § 11 Anm. 6
- 712) Auf diese Besserstellung verweist insbesondere Kanein, Komm., § 11 Anm. B, 2. Allerdings hat die Rechtsprechung (BVerwG, MDR 56, 699) schon vor Geltung des Ausländergesetzes gewichtige Gründe der öffentlichen Sicherheit und Ordnung verlangt, vgl. Weißmann, Komm., § 11 Anm. 2 und Marxen, Komm., § 11 Rdnr. 7.

- 713) Maunz in: Maunz-Dürig-Herzog, Anm. 43 zu Art. 16 GG; Maunz, DStR S. 35, § 6 V. 2; Marxen, Komm., Rdnr. 4 zu § 28; Kimminich, "Asylrecht", S. 73, 74; Schmidt, BayVBl. 64, 33 (35); Hamann-Lenz, Anm. 5a) zu Art. 16 GG.  
Kloesel-Christ, Komm., Anm. 2 zu § 28 AuslG;  
Berber in: "Evang. Staatslexikon", S. 78. Bad.-Württ.VGH, DÖV 49, 457 nimmt nur ein Verbot von Auslieferung und Ausweisung an, nicht jedoch ein subjektives öffentliches Recht auf Einreise.
- 714) Vgl. Kanein, Komm., Anm. B. 2 zu §28.
- 715) So Hamann/Lenz, Anm. 5a zu Art. 16 GG: "Schutz vor Ausweisung aus dem Lande, in das der Berechtigte geflüchtet ist"; v. Mangoldt-Klein, Art. 16 Anm. V 2b, S. 503. Die Zulässigkeit zweifelt auch Lerche "Das Asylrecht...", S. 199 (212) in Hinblick auf event.mangelnden Asylschutz in Drittländern an. Maunz in: Maunz-Dürig-Herzog, Art. 16 Rdnr. 43; Franz DVBl. 66, 623 (625 u. FN. 26) und NJW 68, 1556 (9). A.A. Schmitt BayVBl.64, 33 (35), Kimminich in BK Anm. 134 zu Art. 16 GG, JZ 65, 739, BayObLG, B. v. 12.4.60, BayVBl. 60, 325.
- 716) So mit Recht Franz DVBl. 66, 623 (625 FN. 20).
- 717) Auf die Tatsache, daß bereits die Ausweisung für sich gegen Art. 16 II, 2 GG verstoßen könnte, weist auch Kloesel-Christ, Komm., Anm. 3 zu § 11 AuslG hin. Insbesondere Franz, NJW 68, 1556, sieht mit Recht bereits hier das Problem.
- 718) Ebenso Doebling, "Asylrecht...", S. 52; Kimminich, JZ 65, 739 (745). Ebenso Lerche a.a.O. S. 210, allerdings bereits bezogen auf die Verwirkung in Art. 18 GG: Das Asylrecht könne nur überhaupt gewährt oder versagt bzw. zurückgenommen werden.
- 719) Lerche, "Das Asylrecht ist unverwirkbar", Festschrift für Adolf Arndt.
- 720) So die Definition des grundgesetzlichen speziellen Gesetzesvorbehalt durch Maunz, Staatsrecht, S. 117. Vgl. auch Hamann/Lenz, Anm. 2a zu Art. 19 GG. v. Mangoldt-Klein nennt solche Vorbehalte "verfassungsmittelbare Vorbehaltsschranken", vgl. Vorbem. B XV 3 b (S. 130 ff.).
- 721) Kimminich in Bonner Kommentar, Art. 16, Rdnr.182 ff. sowie in "Asylrecht" S. 133 ff. sowie in "Zur Theorie der immanenten Schranken des Asylrechts", JZ 65, S.739 (740 ff.).

- 722) Franz "Das strikte Verbot der Ausweisung und Abschiebung politisch Verfolgter" in NJW 68, 1556 ff.(1559); Zink, S. 247 ff.
- 723) BVerwGE 4, 235; BVerwGE 4, 239, beschränkt auf die Ausweisung in Nichtverfolgerstaat; Entsch. OVG Berlin, Bd. 6 S. 159 ff.; BayObLG, B.v. 12.4.60, VRspr.13, 201 ff., beschränkt auf Ausweisung in Nichtverfolgerstaat. BayObLG, B.v. 23.3.64, DVBl.64, 588 ff.mit eingehender Begründung. OVG Koblenz, DVBl.73, 85 ff.; Maunz in: Maunz-Dürig-Herzog, Art. 16, Rdnr. 46, 47; Hamann-Lenz, Art.16, Anm. 5b; Schmidt-Bleibtreu-Klein, Anm. 15 zu Art.16. Unentschieden Kloesel-Christ, Komm., Anm. 3 zu § 11; Kanein, Komm., Anm. C 1 zu § 14; Schmitt, BayVBl.64, 33 (36); Doehring "Asylrecht und Staatsschutz", ZaöRV Bd.26 S.33 (49 ff.).
- 724) Vgl. BVerwGE 4,235 (236 ff) und E 4, 239 (240); OVG Berlin, Entsch. OVG Berlin, Bd. 6 S. 159(162); OVG Koblenz, DVBl.73, 85 (86).
- 725) Vgl. Doehring "Asylrecht und Staatsschutz", a.a.O. S. 54/54.
- 726) Ebenso Doehring, "Asylrecht...", S.52; Kimminich, JZ 65, 739 (745). Ebenso Lerche a.a.O. S.210, allerdings bereits bezogen auf die Verwirkung in Art.18 GG: Das Asylrecht könne nur überhaupt gewährt oder versagt bzw. zurückgenommen werden.
- 727) Zur Entstehungsgeschichte vgl.insbesondere Kimminich in: BK, Art.16, Anm.114.
- 728) Vgl. BVerwGE 4, 235 (236), BayObLG, B.v.23.3.64, DVBl.1964, 588 (589). A.A. Kimminich, "Asylrecht", S.147/148.
- 729) Kimminich, "zur Theorie der imman. Schranken..." JZ 65, 739 (740).
- 730) Überzeugend Kimminich in: BK, Art. 16, Rdnr. 185 und in "Asylrecht", S. 148/149. OVG Koblenz, DVBl.73, 85 (86). A.A. BayObLG, B.v.23.3.64, DVBl.64, 588 (589), wonach der Vorrang des Staats- und Bevölkerungsschutzes vor dem Asylrecht eine allgemeine Regel des Völkerrechts darstellen soll und damit als Schranke des Asylrechts des Art. 16 Abs. 2 S. 2 GG zu betrachten sei.
- 731) BVerwGE 4, 235 (237); BayObLG, B.v. 23.3.64, DVBl.64, 588 (589); Hamann-Lenz, Art. 16, Anm. 5b; Maunz in: Maunz-Dürig-Herzog, Art. 16, Rdnr.46 (sehr zurückhaltend).



- 732) BVerwGE 4, 235 (237/238). Vgl. auch BVerwGE 4, 239 (240).
- 733) Hierauf weist Schmitt in BayVB1. 64, 33/34, hin.
- 734) Diesen Schluß zieht mit Recht BayObLG, B.v. 23.3.64, DVBl. 64, 588 (589).
- 735) Vgl. Entsch.OVG Berlin, B.v. 28.9.1960, Bd. 6, 160 (162); BayObLG, DVBl. 64, 588 (589).
- 736) Vgl. Kimminich in "Asylrecht", S. 153, in JZ 65, 739 (742) und in: BK, Art.16, Rdnr. 183.
- 737) So Kimminich in "Asylrecht" S. 153.
- 738) Insofern mißverständlich BayObLG, B.v.23.3.64, DVBl.64, 588 (9).
- 739) Ebenso Kimminich, "Asylrecht", S. 154/155.
- 740) Kimminich in "Asylrecht" S. 154, 155; derselbe in BK, Art. 16, Rdnr. 184; ihm folgend Franz NJW 68, 1556 (9), welcher darauf hinweist, daß Störungen der Staatssicherheit gegenüber politisch Verfolgten nicht anders als gegenüber Deutschen zu beseitigen seien.
- 741) Auch Doehring, "Asylrecht und Staatsrecht" a.a.O. S. 54 ff. stellt auf Art. 25 GG ab.
- 742) Auch das BayObLG, B.v.23.3.64, DVBl.64, 588 (589/590) verweist darauf, daß auch diejenigen Regeln des allgemeinen Völkerrechts zur Auslegung des Umfangs des Asylrechts heranzuziehen seien, die keine unüberschreitbaren Schranken setzen.
- 743) Vgl. BVerfGE 19, 342, 348 ff.; E 23, 127, 133.
- 744) Ebenso Maunz in: Maunz-Dürig-Herzog, Art. 16 Rdnr. 46 und 47 sowie die in Anm. 723 genannte Rechtsprechung und Literatur mit Ausnahme DVBl. 73, 85 (86), welche ein Abstellen auf das Völkerrecht unter Berufung auf Kimminich ablehnt.
- 745) Siehe Anm. 744. Ebenso OVG Koblenz, DVBl. 73, 85 (86), welches jedoch, wohl zu Unrecht, auf das Sozialstaatsprinzip abstellen will und im übrigen, unabhängig von der Stellung des Asylrechts innerhalb der Wertordnung des Grundgesetzes, die Begrenzung des Art. 16 Abs. 2 S. 2 GG aus der Anlage des Grundrechtes entnehmen will. Kimminich, "Asylrecht",

S. 156 hält es nicht für möglich, daß der Erfassung durch andere Normen immanente Schranken gezogen werden.

- 746) Lerche, "Das Asylrecht ist unverwirkbar", Festschrift für Adolf Arndt.
- 747) BVerfGE 10, 118, 123.
- 748) Ebenso Dürig in: Maunz-Dürig-Herzog, Art. 18 Rdnr.5 und 6.
- 749) Vgl. BGH, NJW 62, 643.
- 750) Hamann/Lenz, Art. 18 Anm. B. 1.
- 751) Vgl. BVerfGE 25, 88 (100); E 28, 36/48 ff.
- 752) So Dürig in: Maunz-Dürig-Herzog, Art. 18, Rdnr.48 ff. Ihm folgend Gallwas, S. 118/119.
- 753) Maunz, DStR, S. 147 ff.; Gallwas S. 120.
- 754) v. Mangoldt-Klein, Komm., Art. 18, Anm. III, 4 c (S. 534); Dürig in: Maunz-Dürig-Herzog, Art. 18 Rdnr. 36; Gallwas, S. 120.
- 755) v. Mangoldt-Klein, Art. 18, Anm. III 4 a (S.532/533); Gallwas S. 119 mit weiteren Nachweisen.
- 756) Dürig in: Maunz-Dürig-Herzog, Art. 18 Rdnr. 39; v. Mangoldt-Klein, Art. 18 Anm. III 4 a (S.531); Gallwas S. 120.
- 757) v. Mangoldt-Klein, § 18, Anm. III 4 a (S. 532); Dürig in: Maunz-Dürig-Herzog, Art. 18, Rdnr. 41. A.A. Gallwas S. 119, wonach das Maß der Gefahr erst auf der Rechtsfolgeseite zu berücksichtigen sei.
- 758) Gallwas S. 121, Maunz, DStR, S. 147 ff., § 17, II, 2; v. Mangoldt-Klein, Art. 18 Anm. III 1 b (S. 520).
- 759) Maunz, DStR, S. 17, II, Nr. 2 (S.146ff.); v. Mangoldt-Klein, Art. 18 Anm. II 5 (S. 520); Hamann-Lenz, Art. 18 Anm. 5; Dürig in: Maunz-Dürig-Herzog, Art. 18 Rdnr. 63; Leibholz/Rupperecht, Anm. 2 zu § 39 BVerfG; Gallwas S. 130/131.
- 760) Vgl. Gallwas S. 141 ff.

- 761) Vgl. Lerche a.a.O. S. 209 und Gallwas a.a.O. S. 142.
- 762) v. Mangoldt-Klein, Art. 18 Anm. III 3a (S. 528) am Beispiel der Pressefreiheit.  
Vgl. Dürig in: Maunz-Dürig-Herzog, Art. 18 Rdnr. 61. A.A. Gallwas S. 142.
- 763) Vgl. z.B. v. Mangoldt-Klein, Art. 18 Anm. III Nr. 3b (S. 531).
- 764) Lerche, "Das Asylrecht ist unverwirkbar" in der Festschrift für Adolf Arndt zum 65. Geburtstag, 1969.
- 765) Lerche S. 207/208.
- 766) Lerche S. 208 bezeichnet sie als problematisch.
- 767) BVerfGE 10, 118 (123), Maunz, DStR, § 17, II, S. 146 ff.; Hamann/Lenz, Art. 18 Anm. 6; Dürig in: Maunz-Dürig-Herzog, Art. 18 Rdnr. 64 ff.
- 768) Vgl. Gallwas S. 154; Echtermöller, JZ 53, 656 (657). A.A. Leibholz/Rupprecht Anm. 1 zu § 36 BVerfG.
- 769) Vgl. v. Mangoldt-Klein, Art. 18 Anm. III 3 (S. 528).
- 770) Dürig in: Maunz-Dürig-Herzog, Art. 18 Rdnr. 71; v. Mangoldt-Klein, Art. 18 Anm. III 3 (S. 528); Gallwas S. 145.
- 771) Lerche S. 210.
- 772) Vgl. v. Mangoldt-Klein, Art. 18 Anm. III 3a (S. 528) und Leibholz/Rupprecht, § 39, Anm. 1.
- 773) Ebenso Gallwas S. 142 und FN. 179
- 774) So aber Lerche S. 201 unter Verzicht auf die einschränkende Klausel: "aus politischen Gründen."
- 775) BVerfGE 9, 174 (181) und BVerfGE 15, 249 (251) in Anschluß an BGH 3, 392 (395).
- 776) Vgl. Kimminich, "Asylrecht", S. 82 ff.
- 777) Doebering, "Asylrecht und Staatsschutz", ZaöRV, Bd. 26 (1966) S. 41/42.

- 778) BVerfGE 12, 45 (53)
- 779) BVerfGE 6, 32 (36)
- 780) Vgl. Gallwas S.146 ff.mit weiteren Nachweisen.
- 781) BVerfGE 10, 118 (122/123); Dürig in: Maunz-Dürig-Herzog, Art. 18 Rdnr. 93; Gallwas S. 148/149 und die dort angegebene Literatur. Reissmüller S.530 ff.
- 782) Reissmüller S. 531 sowie Gallwas S.148 ff.mit eingehender Begründung und ausführlichen Nachweisen.
- 783) So aber Gallwas, S. 151.
- 784) BVerfGE 13, 51.
- 785) Vgl. Reissmüller, S. 531.
- 786) Das muß mittels Umkehrschlusses BVerfGE 10, 118 (123/124) entnommen werden. Ausdrücklich BayObLG, B.v.23.3.64, DVBl.64, 590, Entsch.OVG Berlin, Bd. 6 S. 159 (163). Ebenso Schmitt, BayVBl.64, 33 (36).
- 787) So mit Recht Doebling, "Asylrecht und Staatsschutz", S. 51 und Anm.718.
- 788) Ebenso Weißmann, Komm., § 11 Anm. 3; Doebling, "Neuregelung..." S. 497 (FN.67). Von einer Verschiedenheit geht auch der BGH aus (BGHZ 12, 197 (203/205)). Ausdrücklich Entsch.OVG Berlin, Bd.6, S.159, 163.

## Lebenslauf

Peter Ruidisch,  
geboren am 28.6.1942 in München  
als Sohn des Dipl.-Ing. und Reg.-Baumeisters  
Hans Ruidisch, Bundesbahndirektor a.D.  
und seiner Ehefrau Hedwig, geb. Sauer.

- 1948-1953 Volksschulbesuch in Murnau Obb. und München,
- 1953-1962 Besuch der Oberrealschulen Marquartstein Obb.  
und München-Pasing,
- 1962 Reifeprüfung an der Oberrealschule München-Pasing,
- 1962-1967 Studium der Rechtswissenschaften an der  
Ludwig-Maximilians-Universität in München,
- 1968 Erste juristische Staatsprüfung in München,
- 1968-1973 Referendar bei Justiz- und Verwaltungsbehörden in  
München, Wahlstation beim Bayerischen Rundfunk,
- 1973 Zweite juristische Staatsprüfung in München,
- 1973 Eintritt in den höheren Dienst der Deutschen  
Bundesbahn. Derzeit als Bundesbahnrat tätig.











